
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 747 786

Germany

Festgabe

zu dem

fünfundzwanzigjährigen Amts-Jubiläum

des

Herrn Geheimen Staatsraths

Dr. Moritz Seebeck

Curators der Universität Jena

überreicht

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

[Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte.]

Jena,
Friedrich Frommann.
1876.

Fos TX

L

Res. Sept. 13, 1905.

An dem Tage, welcher Sie, verehrter Herr Geheimer Staatsrath, auf die fünfundzwanzigjährige Leitung der Jenaer Universität zurückblicken läßt, sende ich Ihnen aus meinem Krankenzimmer dies anspruchlose Schriftchen als einen Festgruß mit meinen herzlichen Glückwünschen. Fast ebenso lange, als Sie der Universität vorstehen, weile ich in Jena. Zu dem Verhältniß, in dem wir diese lange Reihe der Jahre zu einander gestanden haben, würde es wenig passen, wenn ich Sie in dieser Zuschrift ob Ihrer Verdienste um die Universität öffentlich anloben wollte. Gestatten Sie mir aber mein gutes Geschick zu preisen, das mir diese Jahre des Zusammenlebens mit Ihnen gegeben hat. Ihre Freundschaft hat mich an Jena gebunden, Ihr Hierwalten hat mir diesen lieblichen

Fleck deutscher Erde lieb gemacht. Ich habe es erlebt, wie Sie das Wohl unserer Universität in guten und bösen Tagen in warmem Herzen getragen haben, ich weiß aber auch, daß Ihr Wirken Mühe und Arbeit genug gewesen ist um köstlich genannt werden zu können.

Bleiben Sie, das bitte ich Sie, in alter Weise zugethan

Ihrem treuen und dankbaren

Leist.

Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

I.

Wenn man als die dogmatische Aufgabe der Rechtswissenschaft die Zurückführung des bestehenden Rechts auf seine Principien angiebt, so hat man innerhalb dieser Aufgabe auch eine negirende Thätigkeit zu verzeichnen. Es entwickelt sich in unserer Wissenschaft mit Nothwendigkeit das Streben, von einem gewissen berechtigten Punkte aus andere Punkte parallelisirend zu beleuchten; findet man sie gleichartig, sie zusammenzustellen; hat man sie zusammengestellt, aus ihnen eine gemeinsame Regel zu abstrahiren. Aber die mehren Punkte sind vielleicht nur in gewisser Richtung sich gleichstehend, ja vielleicht nicht einmal gleichstehend, sondern nur ähnlich. So läuft die abstrahirte Regel Gefahr, durch Beiseitelegen des Ungleichartigen die zusammengefaßten Punkte in unzulässiger Weise zu zwängen, ein Scheinprincip zu werden, dessen Consequenzen nothwendig Schaden anrichten müssen. Die Gefahr vergrößert sich, wenn die formulirte Regel eine anmuthende s. g. „natürliche" Gestalt hat. Das wirklich Natürliche im Rechtsgebiet leidet in seinem richtigen Erkanntwerden ganz vorzugsweise durch die halbwahren sogenannten „sehr natürlichen Regeln".

Die römischen Juristen sind sich der Gefahr solcher Scheinprincipien wohl bewußt. Jedermann kennt ihren Ausspruch (fr. 202 de reg. iur.): omnis definitio in iure civili periculosa est: parum [rarum?] est enim, ut non subverti posset. Aber sie sind überhaupt, indem sie bei ihren Argumentationen vorzugsweise im Concreten operiren, in der Formulirung ihrer allgemeinen Regeln sorgloser. Wußte doch Jeder, so-

wohl der die Regel gab wie der sie nahm, daß sie leicht periculosa sei. Unsere moderne Wissenschaft dagegen will, und mit Recht, fest und sicher gefaßte Principien. Um so dringender wird für sie die Aufgabe, vom Wirklichen den Schein zu trennen, und aus dem Gebiete der Principien das auszuscheiden, was nur eine Parallelisirung gewisser ähnlich gestalteter Dinge ist. —

Es möge das Gesagte im Folgenden in Betreff einer Regel zur Verwendung gebracht werden, die uns in den römischen Quellen in einer Fassung entgegentritt, welche man allerdings eine recht „periculosa" wird nennen dürfen. Vielleicht aber wird es bei ihr gelingen, den sicheren Kern vom umgebenden Schein zu trennen.

Giebt es, das ist die Frage, einen innerlich nothwendigen und etwa als „natürlich" zu bezeichnenden Zusammenhang zwischen der Begründung und der Aufhebung eines Rechts, so daß der Anfang vom Ende die Wirkung, das Ende vom Anfang die Form entnähme? In welchen Verhältnissen kommt eine derartige Wechselbeziehung zwischen der acquisitiven und der extinctiven Thatsache wirklich vor? Sind die Fälle, in denen sie vorkommt, insgesammt gleichartig zu erklären? — Ulpian scheint uns hierauf eine ganz allgemein bejahende Antwort zu geben. Er sagt im

> fr. 35 de R. J. 50, 17 (l. 38 ad Sab.): Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

Und Paulus führt den Gedanken in einzelnen Anwendungen durch:

> fr. 153 eod. (l. 65 ad ed.): Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Es hat in unserer neueren Literatur nicht an Solchen gefehlt, die auf Grund dieser Stellen in der römischen (wenn gleich nicht völlig richtig abstrahirten) Regel eine wirkliche „Natur-Imitation" finden wollen, oder

welche andererseits der Regel ein sehr allgemeines Anwendungsgebiet beimessen [1]).

Prüfen wir den Bestand unseres Quellenmaterials etwas genauer.

II.

Die sich auf den Besitz beziehende Hälfte des fr. 153 cit. ist, — offenbar damit die wichtige Stelle sogleich in der Besitzlehre zur Anschauung komme, — gleichlautend (nur mit Veränderung des einleitenden Wortes) auch in dem Titel de adquirenda vel amittenda possessione zu lesen.

Fr. 8 de a. v. a. p. 41, 2 (Paul. l. 65 ad ed.): Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore

1) Ihering Geist des r. R. II 2 (3 Aufl.) S. 381. 382 Anm. 525: „Beruht unsere ganze Construction einmal auf einer naturhistorischen Anschauung, so ist es erklärlich, daß sie sich den Gesetzen und Vorgängen der Natur möglichst eng anzuschließen, sie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichst nachzubilden versucht, und nicht selten scheint das „naturale“ der Römer eben diese Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben [z. B. in der nicht ganz richtigen Abstraction der Gleichheit der Entstehungs- und Endigungsarten l. 35 de R. I.: nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.]“ — Lenz Recht des Besitzes (1860) S. 214. 215: „Und diese von der Natur des Willens dictirte einheitliche Auffassung sind wir berechtigt schon in jenem berühmten Fragment von Paulus mindestens angedeutet zu finden, auf das Savigny vergeblich so viel blendende Gelehrsamkeit verwandt hat, um in dasselbe einen seiner dualistischen Lehre entsprechenden Sinn hinein zu interpretiren. In diesem Bruchstück aus seinem Edictscommentar stellt der Jurist eine allgemeine Betrachtung über den Erwerb und Verlust aller Rechte an, deren Entstehung auf der Eigenthätigkeit des Subjects beruht: er beginnt mit den Contractsobligationen, bezeichnet dann in einem causalen Mittelsatz das für diese aufgestellte Gesetz als ein allgemeingültiges für alle Rechte, die einem Erwerbsacte ihre Begründung verdanken; und schließt mit einer speciellen Anwendung dieses leitenden Grundsatzes auf den Besitz, der hierin allerdings den Contractsobligationen gleicht, obwohl er sonst in Allem ihren Gegenpol bildet. Dies ist in Wahrheit der Gedankengang, wie er jenem Ausspruche des Paulus zu Grunde liegt, der seit Savigny's Monographie in Aller Munde ist.“ Vgl. auch die unten Anm. 7 anzuführende Ansicht Savigny's.

potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Aber gerade diese sich auf die Besitzlehre beziehenden Worte haben von jeher die größten Bedenken erregt. Es scheint hier gesagt zu sein, daß, wie zur Entstehung des Besitzes corpus und animus erforderlich sei, so auch für den Besitzverlust corpus und animus ins Entgegengesetzte umgestaltet sein müßten. Das aber widerspricht der Grundregel der Besitzlehre, daß der Besitzverlust schon beim Untergang des corpus oder des animus eintrete (fr. 44 § 2 de adq. poss.: eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore).

Die Savigny'sche [2]) Erklärung, durch welche diesem Widerspruch ausgewichen wird, ist allbekannt. Alles in der Paulinischen Stelle erscheint, nach Savigny, zutreffend und passend gesagt, wenn man die Worte nur richtig betont liest. Der Ton liegt nicht auf „utrumque", sondern auf „in contrarium actum". Der Jurist sagt nicht, der durch corpus und animus erworbene Besitz gehe nur durch Untergang von „Beidem" („utrumque" im copulativen Sinne) verloren. Er sagt vielmehr: beim Besitzverlust muß das, was zum Besitzerwerbe erfordert wird, in sein Gegentheil umgeschlagen sein; dies gilt sowohl von dem corpus wie vom animus. Von der Frage, ob der Besitz bloß animo oder bloß corpore verloren gehe, spricht Paulus gar nicht; er will nur betonen, daß der animus und das corpus, wodurch der Besitz verloren gehen soll, das contrarium desjenigen animus und desjenigen corpus sein müsse, wodurch der Besitz erworben wird. Das Wort „utrumque" ist mithin, wie es nicht im copulativen Sinne gebraucht ist, so auch nicht bestimmt im disjunctiven Sinn [für alterutrum] [3]) verwendet. Es umfaßt corpus und animus in unbestimmter Richtung; es läßt die Frage unentschieden, ob das contrarium von corpus und animus oder von corpus oder animus zum Verlust des Besitzes nöthig sei.

Daß die Paulinischen Worte, — so für sich genommen, wie sie

2) Savigny Besitz (6 Aufl.) S. 384 — 394; (7 Aufl.) S. 330 — 338.

3) So war die frühere Savigny'sche Ansicht; 2 Aufl. (1806) S. 326 — 330.

uns im Justinianeischen Rechtsbuch als einzelne Stelle entgegentreten, — sehr wohl in diesem Savigny'schen Sinne verstanden werden können, beweist schon die große Zahl der dieser Interpretation Zustimmenden [4]). Aber es sind doch auch Widersprechende aufgetreten. Nach Kierulff und Lenz soll Paulus gerade umgekehrt nach der „allgemeinen wissenschaftlichen Anschauung des Vorganges" mit der Verwendung des Wortes utrumque im copulativen Sinn die Regel über den Besitzverlust durchaus richtig ausgedrückt haben. Animus und corpus verhalten sich wie Gedanke und Realisation. Kann man im einzelnen Fall behaupten, daß eines jener Erfordernisse aufgehört hat, so weiß man zugleich, daß auch das andere fehlt, denn das was nach dem Aufhören jenes noch übrig bleibt, hat dann nicht mehr die Beschaffenheit, deren es zum Begriff des Besitzes bedarf. Nach Entziehung der körperlich ausschließlichen Macht ist der Wille ein machtloser ohnmächtiger, nach Aufgeben des Besitzwillens hat der Detinirende die Sache wirklich auch körperlich nicht mehr für sich. Der Besitz wird also immer et animo et corpore verloren [5]). — Endlich nach Baron's wiederum der Kierulff'schen Auffassung nach der einen Seite hin diametral entgegengesetzter Ansicht ist unser Paulinischer Ausspruch ein geradezu unrichtiger. Normirung von Principien war ja überhaupt nicht gerade die Tugend der römischen Juristen; „der Ausspruch von Paulus (in dem Sinne: daß der Besitz-

4) Vgl. z. B. Göschen Vorlesungen I § 211 S. 630. 631; Böcking P. I § 125 Anm. 2; Puchta P. § 131 Anm. b; Arndts P. § 142 Anm. 1; Brinz P. § 28 S. 70; Windscheid P. § 156 Anm. 1. — Die unbestimmte und die copulative Bedeutung von „utrumque" tritt unter den von Savigny gesammelten Parallelstellen am deutlichsten hervor in fr. 10 § 13 de gradib. 38. 10: frater quoque per utrumque parentem accipitur, id est aut per matrem tantum aut per patrem aut per utrumque, id est ex utroque parente eodem.

5) Kierulff Civilr. S. 390. 391. Lenz a. a. O. S. 214. 215 [nach dem sich Kierulff „nur unter den letzten Meißelschlägen an seinem civilistischen Torso zu dieser Höhe der Auffassung emporgeschwungen hat"]. Windscheid (4 Aufl.) § 156 A. 1 bemerkt darüber richtig: „Diese Erklärung wäre ganz gut, wenn nur auch die Quellen die Worte in dem Sinne verständen, welchen sie nach jenen Schriftstellern eigentlich haben sollen." S. auch Rudorff Anhang zu Savigny 7 Aufl. Num. 100.

verlust eintrete, wenn jedes der beiden Besitzelemente ins Gegentheil verkehrt ist) findet sich bei keinem anderen römischen Juristen noch in einer Kaiserconstitution wieder, auch ist er mit den Entscheidungen der Quellen über den Verlust des Besitzes nicht im Einklang [6])."

Also nach Savigny geht Paulus an dem Princip zum Theil unbestimmt vorbei, nach Kierulff spricht er gerade das richtige Princip, nach Baron ein unrichtiges Princip aus. Nach Savigny enthält die Stelle den richtigen Satz vom Umschlag ins Gegentheil ohne bestimmte Beziehung auf die beiden Besitzelemente; nach Kierulff verwehdet sie den richtigen Satz vom Umschlag ins Gegentheil in richtiger Weise copulativ auf beide Besitzelemente; nach Baron hat sie die beiden Besitzelemente copulativ vor Augen und stellt dafür in unzulässiger Weise den Satz vom Umschlag ins Gegentheil auf. —

Bevor wir nun weiter auf die Untersuchung eingehen, was wohl in Wirklichkeit Paulus gemeint haben möge und ob das von ihm Gemeinte richtig sei, wird es nöthig sein, die Besitzfrage einstweilen zu verlassen und zunächst zu verfolgen, in welchen Gebieten die Römer den allgemeinen Satz vom „Umschlag ins Gegentheil" (in contrarium actum), oder von der Aufhebung des Rechtsverhältnisses in der Gestalt seiner Entstehung, noch sonst zu specieller Verwendung bringen.

III.

Das schon citirte fr. 35 de reg. iur. redet, wenn auch in seinen mitgetheilten Anfangsworten scheinbar eine ganz allgemeine Regel aufstellend, doch in seinem Fortgange nur von Obligationen. Es sagt:

> ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Ebenso sprechen andere Stellen die Regel nur für das Contrahiren, also das in historisch ganz feste Grenzen geschlossene Begründen gewisser civilrechtlicher Obligationen aus:

6) Baron Gesammtrechtsverhältnisse (1864) S. 95; in Ihering's Jahrb. VII (1865) S. 57. 140 ff.; Pandekten (1872) § 118 S. 252.

fr. 100 de reg. iur. (Gaius lib. 1 reg.): Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.

fr. 80 de solut. 46. 3 (Pompon. lib. 4 ad Q. Muc.): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet.

Auch jenes Paulinische fr. 153 cit., wenn es gleich in seinem weiteren Verlauf vom „adquirere“ und „amittere“ redet, spricht zunächst nur vom „obligari“ und „liberari“, und sagt auch überhaupt nur, daß die modi in contrarium acti: „fere“ („in der Regel“) solche liberirende Kraft haben. Wollen wir also in Betreff des Anwendungsgebiets der Regel vom in contrarium actum sicher gehen, so dürfen wir nicht gleich den in der Weise der römischen Juristen sorglos definirenden Ulpian beim Worte nehmen und aus seiner Fassung: „eo genere quidque dissolvere quo colligatum est“ den Beweis führen wollen, daß der Satz vom Umschlag ins Gegentheil bei den Römern eine allgemeine Anwendbarkeit gehabt habe. Wir dürfen vielmehr seine Gültigkeit als zweifellos constatirt vorerst nur auf dem Gebiete annehmen, von welchem die römischen Juristen beim Vortrage jenes Satzes speciell reden. Das ist das Gebiet der Obligationen, und zwar im Genaueren der Contractsobligationen[7]).

7) Ich halte es danach nicht für zulässig, mit Savigny Syst. IV S. 543. 544 unsere Regel gleich von vorn herein auf „Willenserklärungen“ zu beziehen und anzunehmen, daß sie „durch entgegengesetzte Willenserklärung mit vollständiger Wirkung aufgehoben werden können, wofern die aufhebende Erklärung gleiche Form habe mit derjenigen, wodurch das aufzuhebende Rechtsverhältniß entstanden sei.“ — Savigny nimmt dann weiter an, daß es von dieser so gefaßten Regel „mehrere ganz positive Ausnahmen“ gebe, und darunter rechnet er den Punkt, daß die aus Diebstahl oder Injurie entstandene Obligation durch nudam pactum dennoch ipso iure aufgehoben wurde, weil das pactum dabei in den 12 Taf. erwähnt war; fr. 17 § 1 de pact. 2. 14: quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti; fr. 27 § 2 eod.; l. 13 C. de furtis 6. 2. — Aber die Injurien- oder Diebstahlsklage ist keine Klage aus einer „Willenserklärung“ [fr. 27 § 2 cit.: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia], und das sie aufhebende pactum nicht „id genus dissolvendi quo colligatum est“; es kann also dieser Punkt nicht eine „Ausnahme“ jener von Savigny für „Willenserklärungen“ aufgestellten Regel sein.

Im Contractengebiet führen die Quellen unseren Satz in vier Anwendungen vor: der Realcontract wird durch reale Zahlung, die nexi obligatio durch nexi liberatio, die verborum obligatio durch acceptilatio, der Consensualcontract durch contrarius consensus aufgehoben. Bei der genaueren Betrachtung dieser vier Fälle müssen wir die drei ersten zusammenfassen, den vierten aber abgesondert untersuchen.

Von jenen drei ersten Punkten können wir den von der Tilgung des Realcontracts durch reale Rückleistung [8]) als wirklich auf einem „natürlichen" Princip ruhend bezeichnen. Die reale Nothwendigkeit der gegebenen öconomischen Voraussetzungen bringt es mit sich, daß wir eine Darlehnsobligation nur durch reales dare des Geldes als begründet ansehen können [also die Annahme einer Darlehnsobligation ohne Geldempfang würde etwas juristisch „Künstliches" sein], und daß als die materielle Lösung der Darlehnsobligation nur die reale Rückzahlung des Geldes gelten kann [also eine zugelassene Lösung der Darlehnsobligation ohne Geldrückzahlung stellt sich wiederum als etwas juristisch Künstliches heraus]. Wir können diesen Satz im Sinn der römischen Juristen als auf naturalis ratio beruhend bezeichnen.

Aber hiemit sind wir mit dem wirklich „natürlichen" Elemente für unsere ganze Frage schon wieder zu Ende. Bei den anderen beiden Punkten, der Aufhebung der nexi obligatio durch nexi liberatio und der verborum obligatio durch acceptilatio, handelt es sich um ein nicht etwa real-natürlich Gegebenes, sondern umgekehrt formalistisch-Künstliches. Man kann allerdings sagen, daß in Zeiten, wo das Rechtsleben noch in den solennen Formalacten seinen eigentlichen Schwerpunkt sucht, es für die Rechtsbildung sehr „nahe liegend" und „passend" erscheint, daß man das Rechtsverhältniß in derselben Form untergehen läßt, in der es entstanden war, um damit gleich äußerlich hervortreten zu lassen, daß dieselbe Kraft, die das Verhältniß geschaffen hat, meist auch im Stande ist, dasselbe wieder aufzuheben. Es sei erlaubt, diesen Gesichtspunkt die „Opportunität der Correspondenz der Formen" zu nen-

8) Das fr. 80 de solut. führt fort: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat.

nen. Man kann auch sogar zugeben, daß selbst heutzutage, wo wir die Periode des solenn-formalistischen Rechtswesens lange hinter uns haben, die Gesetzgebung in gar manchen Fällen passender Weise gleiche Form für die Tilgung wie für die Begründung vorschreiben, also z. B. bestimmen wird, daß manches vor Gericht Constituirte nur vor Gericht widerrufen werden kann, über ein gewisses schriftlich aufgenommenes Schuldverhältniß schriftlich quitirt werden muß, u. s. w. Aber in solchen s. g. „sehr natürlichen" Vorschriften handelt es sich immer nur um legislative Opportunitäten, und es ist wissenschaftlich schadenbringend, dergleichen mit dem Gebiete des wirklich Natürlichen, d. h. des vor und abgesehen von der Rechtssatzung in den menschlichen Verhältnissen kraft eigener organischer Realität Bestehenden, zu verwechseln und zu vermischen.

Die Opportunität der Correspondenz der Formen ist es nun übrigens nicht allein, was, als in dem Aufhebungsmodus der nexi und verborum obligatio durch nexi liberatio und acceptilatio liegend, in Betracht kommt. Vielmehr ist für ihre Gestaltung noch ein anderer Gesichtspunkt der ganz überwiegende gewesen. Die nexi liberatio ist nicht bloß darin charakterisirt, daß sie ein umgedrehtes per aes et libram gerere, die acceptilatio, daß sie ein Aussprechen conträrer Worte sei. Vielmehr ruhen beide noch auf einem ganz besonderen Gedanken, und zwar ist dieser Gedanke bei beiden derselbe. Beide, die nexi liberatio und die acceptilatio, sind eine imaginaria solutio, und gerade darin [mithin in dem Moment, daß sie nicht ins Gegentheil umgedrehte Eingangsformen, sondern imaginäre Zahlung des Geschuldeten, also die Imaginirung der realen Ausgangsgestalt einer Obligation sind] liegt der eigentliche Schwerpunkt ihrer tilgenden Kraft. Hören wir darüber die Darstellung des Gaius:

> Gai. III 168: Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeatur: .... 169. Item per acceptilationem tollitur obligatio: acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio: quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri ut patiaris haec verba me dicere: 'quod ego tibi promisi, ha-

> besne acceptum'? et tu respondeas: 'habeo'. 170. Quo genere, ut diximus, [tantum hae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt], non etiam ceterae: consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi[9]) .... 173. [Est] etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram: quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum esset, sive quid ex iudicati causa debitum sit. 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens: deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: 'quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo' .... deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.

Wir sehen hieraus, daß nicht etwa die Römer den Bestand einer festen allgemeinen Rechtsregel über das eo genere dissolvere quo colligatum est annahmen, aus der dann einfach zu folgern gewesen wäre, daß man jeden Contract, und so insbesondere auch die verborum obligatio, durch umgedrehte Eingangsform für aufgehoben erklären könne[10]). Vielmehr handelt es sich lediglich um einzelne speciell durch Gewohnheitsrecht recipirte Fälle [certis in causis receptum est, — consentaneum visum est], in denen man die Möglichkeit einer imaginaria solutio zugelassen hat. In dieser imaginaria solutio liegt das Moment der til-

9) Gaius spricht hier also in Betreff der acceptilatio ganz dasselbe aus, was Ulpian im fr. 35 de reg. iur. sagt, der, nach den oben mitgetheilten allgemeinen Worten über das eo genere dissolvere quo colligatum est, hinzufügt: ideo verborum obligatio verbis tollitur. Vgl. auch fr. 8 § 3 de accept. 46. 4; § 1 J. quib. mod. obl. toll. 3. 29. — Ganz gleichartig wurde gewiß, obgleich die Quellen diesen Punkt nicht besonders hervorheben, die Tilgung der literis obligatio durch das dem expensum latum correspondirende acceptum ferre behandelt.

10) So ließen, wenn wir bloß die in Anm. 9 erwähnten Quellenwerke besäßen, sie sich leicht mißverstehen.

genden Kraft, und man formulirte sie, — gemäß der Opportunität der Correspondenz der Formen (consentaneum), — in der Weise, daß man in Nachbildung der Contrahirungsform: gegenüber der nexi obligatio unter Ausspruch bestimmter Worte ein As veluti solvendi causa reell zurückzahlen, gegenüber der verborum obligatio in bestimmter Wortform den reellen Empfang (acceptum) des Geschuldeten aussprechen ließ.

IV.

Bis jetzt haben wir als das Anwendungsgebiet der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est constatirt: Die Lösung des Realcontracts durch reale Rückleistung und die Aufhebung der nexi und verborum obligatio durch imaginäre Leistung.

Die Geltung der imaginaria solutio hat jedenfalls ein sehr hohes Alter. Man möge sich nicht in der Richtung täuschen lassen, daß man auch gleich der rechtlich anerkannten Geltung des auf naturalis ratio ruhenden Satzes von der Aufhebbarkeit des freien und formlosen Realcontractes durch reale Rückleistung — ein ebenso hohes Alter vindiciren wolle. Die Realcontracte sind in der älteren Zeit ganz oder fast ganz in Formalacte eingekleidet gewesen und damit zum Theil über ihren natürlichen Inhalt hinausgetrieben worden.

Depositum, (Commodat), Pignus waren im alten Rechte solenn constituirbar durch Mancipation der Sache mit Fiducia der Remancipation [10a]). Damit aber wird die Frage dem Anwendungsgebiete unserer Regel entrückt. Es handelt sich nicht mehr bloß um eine Obligation

---

10a) Gai. II 60: Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quod tutius nostrae res aput eum essent, cet. — Boethius ad Cic. Top. c. 10 (lib. IV Orell. p. 340): Fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet: velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.

und einen in der Form der Contrahirung vorgenommenen Lösungsact, sondern es handelt sich in erster Linie um Eigenthumsübertragung und nachher Remancipation, durch welche letztere freilich die contrahirte fiducia wirklich erfüllt wird, durch die aber nicht die frühere Eigenthumsübertragung gelöst, sondern dem Rückerwerber neues Eigenthum an der speciellen Sache gegeben wird. Also der naturale Zusammenhang zwischen realer Leistung und realer Rückleistung ist hier künstlich ganz zerrissen, es handelt sich auch gar nicht um einen bloßen Lösungsact. Danach liegt dieser Zusammenhang der Mancipation und Remancipation ebenso sehr außerhalb des Rahmens unserer Regel[11]), wie die Novation, in der allerdings eine alte Obligation getilgt wird, aber durch das Mittel einer Neuschöpfung[12]).

11) Unrichtig Glück-Mühlenbruch XXXVIII S. 252. 253. — Gleichartig ist denn auch die Verwendung von mancipatio und remancipatio in den Familienverhältnissen zu beurtheilen. Gai. I 137 a: Item r[emancipatione] desinunt in manu esse, et cum ex remancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur. Festus v. Remancipatam Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit.

12) Aus denselben Gründen ist es auch (außerhalb des Gebiets des Obligationenrechts) nicht möglich, die Frage von der Aufhebung eines Testamentes durch Errichtung eines neuen unter die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est zu bringen. Sie fällt nicht unter den Gesichtspunkt der lediglich negativen Tilgung auf dem Begründungswege, sondern unter den ganz anderen der Tilgung durch Neuschöpfung. Man kann hiernach der Ansicht Mühlenbruch's (Glück-Mühlenbruch XXXVIII S. 252. 253. 261) und Savigny's (Syst. IV S. 544 Anm. n) nicht beitreten, daß in der That die Aufhebung eines Testaments durch Errichtung eines neuen im römischen Rechte ein Anwendungsfall unserer Regel sei [Savigny geht sogar so weit, gerade in diesem Fall einen practischen Ueberrest der alten Regel auch noch im heutigen Recht zu finden]. Wenn Theophilus bei der Frage von der Testamentsaufhebung durch Errichtung eines neuen den allgemeinen Spruch verwendet: τὰ γὰρ ἐννόμως γινόμενα ἐννόμως ἀνατρέπεσθαι δεῖ [legitime enim facta legitime etiam subverti debent] (Theoph. Paraphr. ad § 7 J. quib. mod. test. infirm. 2. 17), so ist damit keineswegs gesagt, daß das legitime subvertere eben jenes eo genere dissolvere quo colligatum est sei. — Von der früher herrschenden Auffassung aus, daß der Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est ein allgemein gültiger Rechtssatz sei, aus dem man nur beliebig die Einzelconsequenzen zu ziehen brauche, hat

Das unter den Realcontracten besonders hervortretende Geschäft, das Darlehn, war in älterer Zeit ganz überwiegend in das solenne Geschäft des per aes et libram gestum eingekleidet. So lange man sich nun in diesem per aes et libram gestum die Geldzahlung noch als wirkliches Erzabwägen zu denken hat, war allerdings das reale Geldhingeben und das reale Geldrückzahlen mit dem solennen Acte des per aes et libram gestum zusammenfallend. Als aber mit fortschreitender Entwicklung der Geldwirthschaft reales Geldzahlen und der formale Rechtsact des nexum in verschiedenen Wegen auseinander gingen, mußte sich eine Reihe von Fragen erheben, deren Beantwortung für uns eine sehr zweifelsvolle ist. Hat eine nexi obligatio, wenn die reelle Hingabe des zu leihenden Geldes nicht erfolgt ist, durchaus vollgültige Kraft? Bleibt eine nexi obligatio bei reell zurückgezahltem Gelde bis zum Eintritt der solennen nexi liberatio in voller Kraft? Kann eine verborum obligatio (die ja durch die, der nexi liberatio gleichartige, imaginaria solutio der acceptilatio tilgbar ist) mit ganz gleicher Kraft durch die wirkliche Geldzahlung (re) gelöst werden, oder mußte in älterer Zeit auch

man die (schon von Mühlenbruch verworfenen) Ansichten aufgestellt, daß man bei den Römern ein Mancipationstestament durch Remancipation habe widerrufen können (Mühlenbruch S. 254), daß man auch noch nach heutigem Recht ein Testament vor 7 Zeugen widerrufen könne (Mühlenbruch S. 292 ff.), daß ein testamentum ad pias causas schon vor 2 Zeugen widerruflich sei (Mühlenbruch S. 297). — Aber auch Mühlenbruch leidet an der Schwäche, daß er den, wirklich in unserem positiven Recht gegebenen, Punkt von der Widerruflichkeit des Testaments vor drei Zeugen mit Ablauf des Decenniums [nach l. 27 C. de test. 6. 23 „contrariam aperuit voluntatem"] auf unseren [in dieser Hinsicht als zweifellos unter „dem Charakter der Nothwendigkeit" gültige Rechtsregel aufgeführten, S. 252] Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est zurückführt. „Justinian wollte die Möglichkeit erleichtern, ein Testament zurückzunehmen ohne es zu vernichten. Aber er berücksichtigte zugleich die förmliche Natur des Geschäfts und die Regel nihil tam naturale est u. s. w." (S. 280). Indem aber Mühlenbruch hinzufügt, daß Justinian „eine leichtere Aufhebungsform substituirte", und daß es „ja nicht gerade nothwendig sei, daß die Regel: nihil tam naturale unabweichlich zur Anwendung komme" — so wird damit eben bethätigt, daß von der Geltung dieser Regel hier in Wirklichkeit nicht die Rede sein kann.

hier für den vollen juristischen Abschluß zur realen Leistung noch die Form der acceptilatio hinzukommen?

Ich lasse diese Fragen, da sie für den Zweck dieser Abhandlung nicht weiter in Betracht kommen, hier unbeantwortet, und hebe nur hervor, daß in der classischen Zeit für die letztaufgeworfene Frage zweifellos das Nebeneinanderstehen vollgültiger Tilgung durch res und durch acceptilatio anerkannt ist [13]).

Jedenfalls werden wir aber zu sagen haben, daß von unserem Satze des eo genere dissolvere quo colligatum est der sich auf das künstliche Lösen durch imaginaria solutio beziehende Theil in der älteren Zeit, im Verhältniß zum re contrahere und solvere, der bei weitem hervortretendste gewesen sein muß, unter dem das reine und freie re contrahere und solvere noch wesentlich juristisch verdeckt war. Daraus erklärt sich auch wohl die, gewiß altherkömmliche, Fassung der Regel. Colligare und dissolvere bezeichnen recht eigentlich künstliche Verknüpfung und künstliche Aufknüpfung durch Rechtsform. Schwerlich würde man, wenn das reale Geldhingeben historisch an der Spitze der traditionell fortgetragenen Regel gestanden hätte, das als ein colligare bezeichnet haben. —

Dürfen wir nun also sagen, daß wir in der imaginaria solutio der nexi und verborum obligatio wirklich den geschichtlichen Anfangspunkt der römischen Rechtsanschauung zu suchen haben, die für die Til-

13) Das fr. 80 de solut. (Anm. 8) fährt weiter so fort: et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. So wie beim Realcontract das reelle Leisten die „natürlich" der realen Begründung entsprechende Tilgung der Obligation ist, so ist überhaupt für alle Obligationen das reelle Leisten der „natürliche" (nur nicht weiter der Eingehung correspondirende) Tilgungsmodus [womit aber nicht gesagt ist, daß dieser natürliche Tilgungsweg auch schon von jeher den solenn begründeten Obligationen gegenüber volle civile Rechtsgültigkeit gehabt habe]; fr. 107 de solut. (Pompon.): Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione . . .: civiliter veluti acceptilatione. — Vgl. auch Fitting Correalobl. (1859) S. 44 Anm. 50.

gung gewisser Rechtsverhältnisse die Verwendung der Eingehungsform passend (consentaneum) fand? — Das doch wieder nicht.

Wir werden diesen Punkt allerdings als ein selbständiges der alten Zeit angehöriges Moment anerkennen müssen, und zwar als dasjenige, an welches sich die Weiterentwicklung der Regel für die spätere Zeit angeknüpft hat. Aber das alte Recht bietet uns außerdem einen anderen, vielleicht noch älteren Punkt, in dem wir deutlich schon aus den verwendeten technischen Ausdrücken die gleiche Rechtsanschauung hervortreten sehen. Es ist die Begründung und Lösung der Ehe durch confarreatio und diffarreatio [14]). Mehr aber darüber mit Sicherheit festzustellen, gestattet uns der Zustand unserer Quellen nicht. Nur Folgendes mag vermuthungsweise hier seine Stelle finden. Unsere Regel ist in ihrer Verwendung bei nexi und verborum obligatio gar nicht darauf gerichtet, daß man einfach mit umgedrehter Eingehungsform die begründete Obligatio widerrufen kann. Sie setzt, als Nachbildung der materiellen Zahlung, das zwischengeschobene Moment der imaginaria solutio voraus. Auf dies zwischengeschobene Moment ist, als auf den eigentlich tilgenden Punkt, die umgedrehte Eingehungsform gerichtet. Ebenso wird man schwerlich im alten Rom die Anschauung gehabt haben, daß bloß die Form der diffarreatio die Kraft habe, die confarreirte Ehe zu lösen. Vielmehr wird auch hier gefordert worden sein, daß das materielle Band der communio sacrorum [15]) einer entsprechenden Lösung bedürfe (ein genus sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio) und dieser Lösung wird man die der Eingehungsform (solenni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur) correspondirende Gestalt (dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito) [16]) gegeben haben.

Im Hinblick auf diese dem alten Recht angehörigen Fälle der confarreatio und diffarreatio einerseits, sowie der nexi und verborum obligatio mit gegenüberstehender imaginaria solutio andererseits, kön-

14) Vgl. die Quellenstellen bei Danz R. R.G. (2 Aufl.) S. 153. 154. 158. 159.

15) S. darüber Danz a. a. O. S. 154.

16) Vgl. Ulp. IX mit Paul. Diac. v. diffarreatio.

nen wir den Bestand unserer Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est für die alte Zeit so bezeichnen: sie war, wenn auch schon den Fall der natürlichen Wechselbeziehung von Leistung und Rückleistung bei Realcontracten in sich bergend, vorzugsweise die theoretische Zusammenfassung gewisser in der Form einander correspondirender Acte der Begründung und Auflösung. Aber gerade in dieser ihrer Richtung auf die Form liegt nur ein Moment der in gewissen Fällen und zu gewissen Zeiten bestehenden Opportunität. Keineswegs existirt dafür eine innerlich nothwendige ratio, der zufolge wir etwa noch heutzutage von unserer Gesetzgebung fordern müßten, daß z. B. eine Ehe nur in der Form geschieden werden dürfe, in der sie eingegangen ist[17]), oder ein Testament nur in der Form widerruflich wäre, in der es errichtet worden ist.

---

17) Ueber die römische Ehescheidungsform von Augustus bis Justinian s. bes. Schlesinger in d. Zeitschr. f. R. G. V (1866) S. 193 ff. Die Formvorschrift bestand darin, daß der (seinem Wesen nach einseitige) Act des repudium als ausdrückliche Willenserklärung [Schlesinger S. 205] vor sieben [Schlesinger S. 201 Anm. 26] Solennitätszeugen vollzogen und an den anderen Ehegatten gerichtet [Schlesinger S. 206—208] werden mußte. Bestimmte Wortformeln: „tuas res tibi habeto“, „tuas res tibi agito“ (fr. 2 § 1 de divort. 24. 2) waren Sitte, aber nicht nöthig [Schlesinger S. 194 ff.]. Ebenso war der von den 7 Zeugen unterzeichnete Scheidebrief eine sehr erklärliche äußere Gestaltung, aber nie Formvorschrift des Repudium [Schlesinger S. 203 ff.]. Ausdrücklich sagt von dieser Formvorschrift der 7 Zeugen (fr. 9 de divort.) die Nov. Theod. XII 1 pr. (l. 8 pr. C. de repud. 5. 17), daß sie absichtlich der Eingehungsform der Ehe nicht correspondiren soll: Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat [? Schlesinger S. 204 Anm. 29] liberorum. — Diese Formvorschrift galt auch für das divortium bona gratia bezw. communi consensu [Schlesinger S. 209 ff.]. Justinus II hat in Nov. 140 die divortia communi consensu uneingeschränkt wieder erlaubt, und motivirt diese Erlaubniß mit den Worten (c. 1): εἰ γὰρ ἀμοιβαδὸν ἡ διάθεσις τοὺς γάμους συνίστησιν, εἰκότως ἐναντία γνώμη τούτους κατὰ συναίνεσιν διαλύει, τῶν ταύτην δηλούντων στελλομένων διαζυγίων [nam si mutua affectio nuptias facit, merito easdem contraria sententia consensu solvit, cum missa repudia eum declarent]. Darin liegt allerdings eine Hinweisung auf unsere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est, — aber eine unrichtige. Denn, wie Schlesinger S. 216. 217 treffend hervorhebt, ist es in Wirklichkeit doch nicht ein Vertrag, was das Wesen

V.

Es bleibt von den vier Fällen des Contractensystems, auf welche die Quellen den Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est beziehen, noch die Betrachtung des vierten Punktes übrig: der Consensualcontract wird durch contrarius dissensus aufgehoben [18]).

Für die dogmatische Erklärung dieses Punktes treten uns ganz andere Momente, als im Bisherigen, entgegen. Während wir bei der Aufhebung des formellen Contractes durch umgekehrte Form gerade in der Gemeinsamkeit der Form das positive erklärende Element vor uns hatten, wird hier eine Gemeinsamkeit der Nichtform vorausgesetzt, also ein Negatives, aus dem an sich keine Erklärung entnommen werden kann. Danach wird die Sachlage eine völlig andere. Wir haben gesehen, daß bei der formellen Aufhebung formeller Contracte die Römer die Sache nicht so aufgefaßt haben, daß in der Form selbst die tilgende Kraft liege, sondern daß letztere durch die (in die Form der Contractseingehung gekleidete) imaginaria solutio gewonnen werde [19]). Bei dem

---

des divortium communi consensu ausmacht, sondern die in dem consensus enthaltenen einseitigen Willenserklärungen beider Theile, weßhalb denn auch der vor 7 Zeugen ausdrücklich erklärte Scheidungswille des Einen Ehegatten genügt.

18) Das fr. 80 de solut. (Anm. 13) fährt fort: aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. Ebenso sagt das fr. 35 de reg. iur.: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 1. 2 C. quando lic. ab emt. 4. 45. § 4 J. quib. mod. obl. toll. 3. 29.

19) Dies Moment ist namentlich für unser heutiges Recht im Auge zu behalten. Die acceptilatio hat auch im Justinianeischen Recht noch immer das materielle Element in sich, daß sie auf dem Parteiwillen ruhende imaginirte Zahlung oder: vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang ist. Aus diesem Grundsatze werden denn auch wichtige Einzelconsequenzen gezogen: a) fr. 16 de solut. 46. 3: sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intelligitur iam olim liberatus, da ja auch für eine bedingte Schuld schon im Voraus eine solutio re erfolgen kann; b) fr. 5 de acceptil. 46. 3: in diem acceptilatio facta nullius momenti est: nam solutionis exemplo acceptilatio solet liberari; c) fr. 16 pr. de accept. Acceptilation gegen Einen von mehren Correalschuldnern wirkt auch

contrarius consensus der Consensualcontracte ist nicht daran zu denken, daß derselbe auf eine, in Formlosigkeit auftretende, imaginäre Zahlung zurückzuführen wäre. Worin liegt nun aber hier die tilgende Kraft?

Wir kommen von selbst zu der Annahme, daß bei dem contrarius consensus, da das erklärende Moment nicht in einer außerhalb der Contrahirung (imaginär) gesetzten Zahlung liegt, es schon innerhalb des Contrahirungs-Elementes gegeben sein muß. In dem Consensualcontract hat für die positiv anerkannten Fälle der Individualwille die volle Freiheit, ohne Beschränkung durch irgendwelche Form seine Satzung zu fixiren. So weit in dem einzelnen Contractsfalle der irgendwie geäußerte Wille reicht, so weit gilt er. Dies treibt von selbst auch zu der negativen Seite; in der Zulassung des contrarius consensus liegt, daß wenn die Contrahenten einig werden in der formlosen Constatirung, daß ihr früher gesetzter Wille nicht mehr bestehe, auch dies gültig sein soll.

Also im contrarius consensus liegt keine Imaginirung der Erfüllung der geschlossenen Obligation, sondern umgekehrt ein Zurückgehen auf den die Obligation begründenden Willen der Contrahenten, eine Erweiterung dieses Willens, eine Zulassung des Wechsels der Ansichten. Da die Umstände vielfach dahin treiben, daß die Parteien das Geschlossenhaben des Geschäftes reuet, so ist dies Offenstehen des contrarius consensus die den sich einigenden Parteien gewährte Freiheit, den frü-

---

auf die anderen: ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est. Dies, daß „acceptilatio solutioni comparatur“ (fr. 7 § 1 de liber. leg. 43. 3), liegt in dem (durch positives Recht anerkannten) Parteiwillen des Empfangsbekenntnisses ohne Geldempfang, nicht in der Form der Stipulation. — Nachdem nun die obligatorischen Tilgungsacte aus dem Justinianeischen in unser deutsches Rechtsleben herübergezogen sind, kann man nicht mit Arndts P. § 267. 1. d sagen: „im heutigen Rechte ist mit der Stipulation auch die Acceptilation verschwunden“, sondern: mit Abstreifung der Stipulationsform, in der das tilgende Element gar nicht lag, ist heutzutage überhaupt das formlose vertragsmäßige Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang gültig. Nach deutscher Sitte ist die Quitungsausstellung die gewöhnliche Art solchen Empfangsbekenntnisses. — Vgl. auch Windscheid P. (4 Aufl.) II § 357. 5.

her gesetzten Willen nunmehr, in Gemäßheit ihres Wechsels der Ansichten, auch rechtlich als einen nicht vorhandenen zu constatiren. In Folge der Geltung des Consensualcontractes ist den Individuen (in diesem bestimmten Gebiet) die Freiheit gegeben, ihren irgendwie festgestellten Willen gelten zu lassen; durch den contrarius consensus haben sie auch die Freiheit erhalten, ihren Willenswechsel gelten zu lassen. Der contrarius consensus enthält die Zulassung eines Reucontractes, er ist in diesem Gebiete eine Erweiterung des Kreises der Individualfreiheit.

Daß die Römer dies in der That so auffassen, sehen wir mit Sicherheit aus der Beschränkung, die sie der Admission des contrarius consensus beifügen. Wenn nicht mehr res integra, also aus dem geschlossenen Consensualcontract schon theilweise geleistet worden ist, so hat sich damit der reale öconomische Status unter den Parteien in entscheidender Weise umgestaltet. Bei theilweiser „res secuta" würde es sich nicht mehr um bloße Erklärung des gesetzten Willens als eines nichtgeschehenen Handeln, sondern um Rückgängigmachung (rursus praestitis) einer rechtsgültig aus dem früher gesetzten Willen erfolgten Leistung. Damit aber wird das widerrufende Geschäft ein rescindirendes (in integrum restituirendes). Es ergiebt sich also ein juristisch innerlich von jenem Widerruf völlig verschiedenes, das einer ganz anderen Motivirung, aber auch zu seiner Geltung einer ganz selbständigen positivrechtlichen Basis bedarf. Indem die Römer diese Geltung abweisen, zeigen sie, daß es ihnen bei Zulassung des contrarius dissensus lediglich auf Erweiterung der Willensfreiheit der Contrahenten, soweit es sich rein um den gesetzten Willen handelt, ankam. Durch Zulassung der Consensualcontracte wurde den Parteien die Rechtsgültigkeit ihrer einmaligen formlosen Willenseinigung, durch Zulassung des contrarius consensus auch die Rechtsgültigkeit ihrer Willensdauer gewährt, also die Möglichkeit, ihren früher geeinten Willen in neuer formloser Einung als nie vorhandenen hinzustellen[20].

20) Fr. 58 de pact. 2. 14 (Nerat.): Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eo-

Wir können also sagen: die acceptilatio bezieht sich auf das Ende der Obligation, der contrarius consensus auf den Anfang. Die acceptilatio ist die vertragsmäßige Feststellung, daß das geschuldete Object, ohne wirklich gezahlt zu sein, als geleistet angenommen wird; der contrarius consensus ist die vertragsmäßige Feststellung, daß die contrahirte Obligation, da der Wille der Contrahenten nicht fortdauert (also gewissermaßen kein ganz ernstlicher war), als nicht geschlossen angenommen wird. Die acceptilatio setzt den gültigen Bestand der Obligation voraus, der contrarius consensus negirt ihn.

Freilich aber: da der contrarius consensus ein formloser ist, also, wofern er nur aus den Umständen sicher constatirt werden kann, sich ohne Schaden in ein scheinbar täuschendes Gewand kleiden läßt, so ist

---

rum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares, tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit [Aristo argumentirt hier, völlig unhistorisch und uncivilistisch, lediglich aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der bona fides], nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, [ne quid tu mihi eo nomine praestares. — illud plane [hier fährt Neratius fort] conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. Fr. 2 de rescind. vend. 18. 5 (Pompon.): Si quam rem a te emi, eandem rursus et pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio), atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit, sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus. Fr. 3 pr. eod. (Paul.): Emptio et venditio sicut consensu contrahitur ita contrario consensu resolvitur antequam fuerit res secuta [weitere Anwendung auf die Rechtsstellung des fideiussor; vgl. fr. 95 § 12 de solut. 46. 3]. Fr. 5 § 1. 2 de rescind. vendit. 18. 5 (Julian.).

es möglich, daß eine einem Consensualcontract gegenüber vorgenommene Acceptilation deutlich den Willen des Nichtbestandes der Obligation ergiebt. Alsdann ist sie als contrarius consensus zu interpretiren, und der Consensualcontract ist, wofern nur noch res integra war, als nicht geschlossen zu betrachten. Dies erkennen schon die Römer an.

> Fr. 5 pr. de resc. vend. 18. 5 (Iulianus): Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio [accedat: itaque acceptilatio ins. Mommsen] in hac causa non sua natura sed potestate conventionis valet.
>
> Fr. 23 de acceptil. 46. 4 (Labeo): Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: immo cum locatio conductio, emptio venditio conventione facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit, liberantur obligatione[21]).

Dies ist der Punkt, der in unserem heutigen Rechte ein besonders weites Anwendungsgebiet findet. Da heutzutage die Consensualverträge die Regel bilden, und das jetzige Anwendungsgebiet des contrarius consensus dem der heutigen Consensualverträge entspricht, so wird in der Regel jede Quitungsausstellung oder sonstiges vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß ohne Geldempfang non sua natura sed potestate conventionis so zu interpretiren sein, daß die Parteien obligatione libe-

---

21) Auch gegen eine re obligatio wurde eine, wenigstens per exceptionem wirksame, acceptilatio zugelassen; fr. 19 pr. de acceptil. (Ulp.): Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest. Ebenso wird auch bei einem Consensualcontract re secuta, z. B. wenn nach erfolgter Leistung des Verkäufers der Kaufpreis noch aussteht, aus der gegen diese Kaufpreisschuld gerichteten acceptilatio eine doli exc. gegeben worden sein.

rirt werden. Aber man darf damit doch nicht für unser heutiges Recht die Acceptilation mit ihrer juristisch-eigenthümlichen Wirkung als in dem contrarius consensus aufgegangen betrachten. Es kann deutlich der Parteiwille ersichtlich sein, auch re nondum secuta bei einer den Einen Punkt des obligatorischen Verhältnisses betreffenden zahlungmangelnden Quitungsausstellung den juristischen Bestand des ganzen obligatorischen Verhältnisses nicht alteriren zu wollen. Ferner aber: wenn bei dem Consensualvertrage schon res secuta ist (z. B. wenn der Verkäufer nach Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten dem Käufer rücksichtlich des Kaufpreises zahlungmangelnde Quitung ausstellt; vgl. Anm. 21), so ist die Annahme eines contrarius consensus ganz unmöglich, und es gilt auch noch im heutigen Recht das Acceptilationsrecht d. h. das Recht vertragsmäßig-gültigen, jetzt ipso iure wirkenden, Empfangsbekenntnisses ohne Geldempfang. Und endlich: bei empfangenem Darlehn, wo eben schon im Contrahiren res secuta ist, kann eine vom Darlehnsgläubiger ausgestellte zahlungmangelnde Quitung immer nur als Acceptilation unseres heutigen Rechtes, die ipso iure [nicht mehr per exceptionem, vgl. Anm. 21] tilgt, nicht aber die Darlehnsobligation infectam facit, beurtheilt werden[22]).

---

22) Arndts P. § 267. 1. d, der die Acceptilation mit der Stipulation im heutigen Rechte als verschwunden betrachtet (s. oben), sagt: „Die Regel unter a [d. h. unsere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est] findet nun auf alle Vertragsobligationen Anwendung." Aber damit fehlt uns noch die genauere Auseinandersetzung, wann heutzutage der Parteiwille infectam obligationem macht (contrarius consensus), wann er die aus der bestehenden Obligation hervorgehende Forderung ohne Zahlungsempfang ipso iure tilgt (Acceptilation des practischen Rechts). — Neben dieser Acceptilation unserer Gegenwart steht dann noch der auf den Inhalt eines bloßen pactum de non petendo gerichtete Parteiwille, der aber (um nicht durch die Annahme eines contrarius consensus oder einer Acceptilation absorbirt zu werden) deutlich den schwächeren Willensinhalt der Parteien ergeben muß. — Auf die verschiedenen in diesem Gebiet aufgestellten Ansichten gehe ich hier nicht ein; vgl. darüber Arndts a. a. O.

VI.

Woher ist nun der Satz, daß nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur ins römische Recht gekommen?

Die vorstehende Darstellung des Inhalts dieses Satzes hat schon gezeigt, daß wir es mit einer Bestimmung von ganz feststehender und festbegränzter positivrechtlicher Geltung zu thun haben. Wir haben gesehen (Anm. 20), daß der Versuch des Aristo, aus dem leicht verschwimmenden und dehnbaren Gesichtspunkte der bona fides ihn über die Gränze der res secuta hinaus auszudehnen, bei den Römern keinen Anklang gefunden hat.

Oben ist nachgewiesen worden, daß man in Rom die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est nicht so auffaßte, daß aus ihr, als aus einer allgemein gültigen Bestimmung, die Auflösbarkeit der nexi und verborum obligatio mittelst imaginärer Solution durch einfache Consequenzziehung zur Geltung gebracht werden könne. Vielmehr hat es für diese bestimmten einzelnen Fälle [certis in causis] der gewohnheitsrechtlichen Reception bedurft (receptum est, visum est). Vielleicht hat für die formelbildenden Juristen, die bei der Feststellung dieses receptum est geholfen haben, schon das uralte Gegeneinanderstehen von confarreatio und diffarreatio den Dienst einer wirksamen Analogie gethan, und damit diese Juristen zur Aufstellung der generalisirenden Regel veranlaßt, daß es „consentaneum" sei, gewisse obligatorische Verhältnisse in der Eingehungsform durch vertragsmäßiges Empfangsbekenntniß dissolviren zu können.

Was wir für diese ersten Anfänge nur vermuthungsweise hinstellen dürfen, legen uns in dem Stadium seiner Weiterentwicklung die Quellen mit voller Sicherheit vor Augen. Gerade unsere Regel ist es, aus deren innerer Opportunität („consentaneum", „naturale") man mit Hülfe der Analogie des über die imaginaria solutio schon Recipirten zur gewohnheitsrechtlichen Fixirung des Satzes vom contrarius consensus gelangte: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est. ideo: 1) verborum obligatio verbis

tollitur, 2) nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. Wenn das ideo für Nr. 1 nicht anders als auf Grund eines besonderen „receptum est“, „visum est“ gilt, so kann es für Nr. 2 keine andere Bedeutung haben.

Wir sehen hier einen höchst charakteristischen Entwicklungsgang des römischen Rechts vor uns. Die Römer sind oft und leicht zur Benutzung von Analogieen bereit. Aber sie vergessen dabei nie, daß es zur Feststellung des zu gewinnenden Punktes immer noch der positivrechtlichen Reception bedurfte. Freilich waren die römischen Juristen, in Folge ihrer besonderen Stellung zum Rechtsleben, behufs der Feststellung solcher Reception eigenthümlich mitwirksam. Aber das ändert an dem Umstande selbst nichts, daß für die Anwendbarkeit eines solchen Satzes, wie der vom contrarius consensus ist, zunächst das „constare“ sicher sein mußte[23]. Und wenn auch zufällig in den Stellen der Juristen, die uns davon aufbewahrt sind, solche Ausdrücke wie „receptum est“ nicht vorkommen, wir vielmehr den Satz bisweilen einfach als einen feststehenden vorgetragen finden [fr. 5 § 1 de resc. vend. (Iulian.): emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit], so kann doch bei der Gleichstellung desselben mit der imaginaria solutio über diese seine wirklich gewohnheitsrechtliche Geltung im römischen Rechtsleben kein Zweifel sein[24]. —

---

23) Vgl. l. 2 C. quando lic. ab emt. 4. 45 (Dioclet.): Perfectam emtionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat. Fr. 58 de pact. (Anm. 20): dubium non est.

24) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß [allerdings in einer gewissen Verwandtschaft mit jener Ansicht des Aristo Anm. 20] sich die Tendenz findet, den selbständigen Rechtssatz vom contrarius consensus in theoretische Beziehung zu setzen zu dem ganz anderen Rechtssatze, daß das nudum pactum nicht obligationem wohl aber exceptionem parit [fr. 7 § 4 de pactis 2. 14; — vgl. die daraus abgeleitete Consequenz, für die Dissolution von pactum durch pactum, unten Anm. 26], und daß den bonae fidei contractus die „exceptiones [pactiones?] postea factae insunt.“ Fr. 7 § 6 de pact. (Ulpian.): Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones [pactiones? vgl. die Mommsen'sche Ausgabe] postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet [hier gebraucht Ulpian den auch von der Coderstelle in

Wir sind nunmehr in den Stand gesetzt, die ganze Bedeutung dieser im römischen Contractensystem vorgegangnen Entwicklung in kurzen Zügen zusammenzufassen. Die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est vereinigt in sich drei recht disparate Dinge: den ewig unwandelbaren Satz, daß beim freien Realcontract die reale Rückleistung der realen Hingabe naturali ratione correspondirt; den sehr wandelbaren Opportunitätssatz, daß gewissen Formalcontracten gegenüber das zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß in die correspondirende Contractsform gekleidet werden muß; und den eine Erweiterung der contractlichen Willensfreiheit gewährenden Satz, daß Consensualcontracte re non secuta durch Parteieinigung für nichtgeschlossen erklärt werden können. Namentlich muß man sich vor dem Irrthum hüten, daß diese Zusammenfassung für alle drei Punkte aus dem Gesichtspunkt der Form [25]) gemacht worden sei. Die Correspondenz der realen Leistung bei den Realcontracten enthält gerade den Gegensatz der Form, und der contrarius consensus bezeichnet die Correspondenz des Mangels der Form, welche nur dadurch bei den Römern den Schein einer festen Begrenzung erhielt, daß der Consensualcontract und somit der contrarius consensus lediglich in einigen wenigen bestimmten Fällen bei den Römern Zulassung gefunden hatte.

Daß man in dieser Weise die natürliche Wechselbeziehung zwischen Realleistung und Realrückleistung, die künstliche Wechselbeziehung zwi-

vorhergehender Note verwendeten Ausdruck] in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis (d. h. den Consensualcontracten) re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius l. 6 ad ed. scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. quod non insuptiliter dici potest. — Gleichartig nennt auch Paulus im fr. 27 § 2 de pactis den contrarius consensus das pactum conventum welches totam obligationem sustulerit, und baut sich damit die Brücke, um in fernerweiten Verabredungen theils einen ganz neuen Contract, theils einen alten renovatus contractus nachzuweisen.

25) Es lautet in unserer Regel nicht: „ea forma" sondern „eo genere".

schen Formalcontract und zahlungmangelndem Empfangsbekenntniß, und die formlose Revocationsfreiheit formloser noch unausgeführter Einigungen zusammengestellt hat, ruht nicht auf einer vorhandenen gleichen ratio. Es giebt für diese Fälle kein gemeinsames Rechtsprincip. Aber die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est hat, mir sei der Ausdruck erlaubt, die Bedeutung eines historischen Princips. Sie bezeichnet eine den Römern, vielleicht schon von der alten confarreatio und diffarreatio her, traditionell eingelebte Anschauungsweise, ein beliebtes Rechtssprichwort. Aber dies Rechtssprichwort hat nicht bloß den Dienst einer anmuthenden Phrase versehen, es hat die wichtige Function erfüllt, der Träger und Vermittler einer bedeutsamen Entwicklung und Verfeinerung des römischen Obligationenrechts zu werden. An der Hand dieser Regel hat das römische Recht die zwei Rechtsgeschäfte, die einem feiner und freier entwickelten Rechte nicht fehlen dürfen, zur Geltung gebracht: die Tilgung von Forderungen durch zahlungmangelndes Empfangsbekenntniß, und die Revocation noch unausgeführter obligatorischer Verabredungen.

Diesen historischen Dienst, den die Regel im Obligationenrecht erfüllt hat, müssen wir genau scheiden von der weiteren Verwendung, die ihr die Römer noch anderweit im Obligationenrecht (über das Contractensystem hinaus) geben zur theoretischen Colorirung eines Punktes, der schon auf anderen Gründen der Geltung ruht, also nicht erst durch Vermittlung dieser Regel zur Geltung gebracht worden ist.

Paul. sent. I 1 § 2: In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur[26]).

Fr. 95 § 4 de solut. 46. 3 (Papin.): Naturalis obligatio

---

26) Der Rechtssatz, auf den sich die Römer rücksichtlich der Stellung von pactum zu pactum stützen, ist der, daß das pactum: „exceptionem parit" (vgl. Anm. 24). Fr. 27 § 2 de pact. 2. 14 (Paul.): Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur.

ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iure iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. — —

Haben wir uns jetzt vergegenwärtigt, welche Bedeutung unsere Regel im römischen Obligationenrecht gehabt hat, so ist zum Schluß noch ins Auge zu fassen, wie ihre Stellung gegenüber dem heutigen Obligationenrecht sei.

1) Bei uns wird die Correspondenz von Leistung und Rückleistung bei den Realcontracten stets ihre natürliche Bedeutung behalten.

2) Das zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß, als ipso iure Tilgung der Forderung, hat seine Stipulationsform abgestreift, und ist formlos geworden. Es ist ein eigenes Rechtsgeschäft mit materiell selbständigem Inhalt, und alle solche Geschäfte selbständigen Gehaltes hat, unter Ignorirung der Stipulation, unser deutsches Rechtsleben aus dem römischen Rechte herübergenommen. Die tilgende Kraft lag von jeher nicht in der Form, sondern in dem, certis in causis zugelassenen, vertragsmäßigen Willen, die Forderung durch Imagination der Zahlung, d. h. durch Empfangsbekenntniß ohne Zahlungsempfang, tilgen zu dürfen. Ihr heutiges Anwendungsgebiet ergiebt sich aus den gegebenen (durch die aus der Stipulationsform hervorgegangenen Beschränkungen nicht mehr beengten) materiellen Voraussetzungen: es muß eine Sachlage sein, nach der nur eine Forderung getilgt werden kann oder soll, nicht eine Obligation ungeschlossen erklärt werden kann oder soll [also Tilgung einer Forderung aus einem Realcontract; einer Forderung aus einem Consensualvertrag re secuta; einer Forderung aus einer Obligation, die allerdings für ungeschlossen erklärbar ist, die aber die Parteien nicht für ungeschlossen erklären wollen]. Bei dieser s. g. Acceptilation des practischen Rechts hat mithin die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est nunmehr alle Bedeutung verloren, und sie hat auch nicht etwa neue Bedeutung gewonnen bei unserem modernen Formalgeschäft, dem Wechsel. Es besteht nicht der Satz, daß man den Wechsel in wechselmäßiger Form zurücknehmen oder durch imaginäre Zah-

lung getilgt erklären könne, sondern man muß entweder den Wechsel zerstören [was, ebensowenig wie die Zerstörung eines Testaments, eine Anwendung unserer Regel ist] oder man muß materiell zahlen bezw. für den Zahlungsbeweis sorgen. Die auf das Wechselpapier geschriebene allgemeine Bemerkung, daß gezahlt sei, fällt unter den Gesichtspunkt der Zerstörung der Urkunde[27]).

3) An Stelle der wenigen einzelnen bei den Römern klagbaren Consensualcontracte haben wir jetzt den allgemeinen Satz, daß — wo nicht besondere Gründe besondere Gestaltungen hervorrufen — alle Consensualverträge vollgültige und vollerzwingbare Obligationen erzeugen. Damit ist auch in gleichem Umfange anerkannt, daß re nondum secuta durch contrarius consensus vom Vertrage wieder zurückgetreten werden (abiri) kann, was denn auch noch weiter in demselben Umfange die Möglichkeit eines daran sich anschließenden ganz neuen oder des erneuerten alten Vertrages hervorruft (Anm. 24). Ist dagegen schon res secuta, so ist damit die Gränze gezogen, die auch noch für uns ein civilistisch anderes Resultat hervorruft. Freilich nicht mehr in Betreff der Klagbarkeit solcher „vertragsmäßiger in integrum restitutio" (Anm. 20). Während ein solches Geschäft über die Gränzen einer der positivrechtlich anerkannten Vertragsgestalten (z. B. Rückverkauf) hinaus[28]) bei den Römern keine Klagbarkeit hatte, ist diese jetzt, in Folge der allgemeinen Klagbarkeit aller Consensualverträge, vorhan-

---

27) Thöl Handelsrecht II (3 Aufl. 1873) § 319: „Zerstört ist die Form für das Recht aus allen Wechselversprechen, wenn das Papier die ganz allgemeine Bemerkung, daß gezahlt sei, enthält. — — Das sicherndste Verfahren des Wechselgebers ist, daß er sich gegen die Zahlung den Wechsel ausliefern, zuvor aber die Zahlung auf demselben vom Empfänger quitiren läßt, und dann hinterher seine Namensschrift auf dem Wechsel durchstreicht."

28) L. 1 C. quando lic. ab emt. 4. 45 (Gord.): Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

den. Aber es wird die juristische Interpretation immer eine andere sein müssen, als bei dem vor der res secuta Verabredeten. Solche Verträge sind keine Erlaßverträge mehr, sondern Verträge auf neue Leistungen, aus denen aber einzelne Forderungen gegen Forderungen aus dem früheren Geschäft in Gegenrechnung gestellt sein können [29]. —

Was gilt hiernach heutzutage noch von der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est? Abgesehen vom realen Tilgen des Realcontractes ist zu unterscheiden: a) Das (formlose) zahlungmangelnde Empfangsbekenntniß; hier wird die Entstehung der Obligation nicht afficirt, und nur die betreffende daraus hervorgegangene Forderung durch vertragsmäßige Zahlungsimaginirung aufgehoben; der Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est gilt hier gar nicht mehr. b) Der formlose vertragsmäßige Widerruf (abire) unausgeführter Consensualverträge (contrarius consensus) umfaßt heutzutage, wie die Consensualverträge, die Regel für das ganze Obligationenrecht. Die Regel vom id genus contrahendi paßte auf den contrarius consensus nur so lange, als er auf bestimmte einzelne Contractsfälle als auf sein Anwendungsgebiet sich bezog. Da sie jetzt sich auf alle Vertragsobligationen (Besonderheiten abgerechnet) richtet, so hat sie sich in den allgemeinen Satz verflüchtigt: Begründung wie Widerruf wird als vertragsmäßiger vorausgesetzt. Richtig verstanden besteht unsere Regel also auch hier nicht mehr. c) Bei der vertragsmäßigen in integrum restitutio hat sie nie bestanden.

Wir haben mithin die Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est für's Obligationenrecht ganz fallen zu lassen [30]. Die künstlichen Lösungsacte aber haben wir zu unterscheiden in vertragsmäßige Zahlungsimaginirung, vertragsmäßigen Widerruf, und vertragsmäßige in integrum restitutio.

---

29) Vgl. auch Windscheid P. § 357, 9.

30) Es wird also bedenklich sein, mit Arndts P. § 267, 1. a in einer noch scheinbar das Geltende mitbetreffenden Fassung zu sagen: „Allgemeiner Grundsatz des R. R. ist . . . omnia que iure contrahuntur contrario iure pereunt.“

VII.

Ich gehe jetzt zu der Frage über, bei welchen Punkten die römischen Juristen den Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est noch außerhalb des Obligationenrechts zur Verwendung gebracht haben. Unser fr. 153 de reg. iur. richtet sich auf diese Frage in der Wendung: [fere quibuscunque modis obligamur isdem in contrarium actis liberamur], cum quibus modis adquirimus isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio cet.

Unter dem „adquirimus" ist offenbar im Gegensatz zu den obligatorischen Verhältnissen der sachenrechtliche Erwerb gemeint. In Beziehung auf das Eigenthum findet sich Ein durch unsere Regel illustrirter Punkt in den Quellen:

> Fr. 1 pro derelicto 41. 7 (Ulp.): Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Der Eigenthumserwerb durch Occupation und der Eigenthumsverlust durch Dereliction wird auf denselben Grundgedanken zurückgeführt, und Ulpian sagt fast gleichlautend mit Paulus, daß hier also: quibus modis adquiruntur, isdem [in contrarium actis] res desinunt esse nostrae. —

Paulus aber in fr. 153 cit. geht auf eine genauere Angabe, wo solches in contrarium des „adquirere" geformtes „amittere" noch sonst vorkomme, gar nicht ein, um sogleich zu seiner auf die Besitzfrage gerichteten Anwendung zu gelangen: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Wir kehren damit, indem wir dem Paulus folgen, zu dem am Ende des § II einstweilen verlassenen Punkte zurück.

Der Erklärungsversuche dieser berühmten Worte giebt es [abgesehen jetzt von den im § II angeführten] aus der vorsavigny'schen Zeit noch eine große Menge. Es sind darunter einige besonders bedeutende,

die eine gemeinsame Voraussetzung durchzieht, welche dann auch wieder von Baron in seine oben angegebene Ansicht aufgenommen worden ist. Die anderweit-irrthümliche Fassung dieser in verschiedener Weise der Besitzlehre eingefügten Ansichten hat es mit sich geführt, daß, mit den Ansichten selbst, auch die ihnen zum Grunde liegende Voraussetzung immer wieder verworfen worden ist. Die Voraussetzung knüpft sich an eine sehr bekannte und frappante Eigenthümlichkeit der römischen Besitzlehre. Bei Grundstücken gilt, wenn der Besitzer davon hinweggegangen ist und ein Anderer in dessen Abwesenheit heimlich sich darin festgesetzt hat, die Besonderheit, daß der Abwesende die einstweilen solo animo retinirte possessio erst verliert, wenn er das Wiedergeltendmachen seines Besitzes aufgiebt, oder zurückkehrend vom Occupanten zurückgetrieben wird, wogegen im Fall seiner gleich unter Vertreibung des Occupanten durchgeführten Rückkehr sein Besitz als gar nicht verändert erscheint. Es ist nun, schon von der Glossatorenzeit her, immer wieder die Voraussetzung supponirt worden, daß unsere vielbestrittenen Paulinischen Worte, wie man sie auch im Genaueren verstehen möge, auf diesen Punkt des Besitzverlustes an Grundstücken zu beziehen seien.

Die Glosse argumentirt folgendermaßen. Im Fall dieses Besitzverlustes am Grundstück hat man zunächst, bei nicht mehr vorhandenem corpus, animo den Besitz noch fortgeführt; darauf bei der Contestation mit dem Occupanten oder beim Verzicht auf die Rückkehr geht nun auch der animus unter; also in diesem Fall muß für Annahme des Besitzverlustes Beides, corpus und animus, weggefallen sein. Danach wird dann folgende allgemeine Besitzregel formulirt: wenn vom corpus angefangen wird, so muß außer dem Wegfall des corpus auch noch der des animus eintreten; wenn aber vom animus angefangen wird, so genügt für den Besitzverlust auch schon der Untergang dieses einen Momentes[31]).

31) Die Glosse zu fr. 3 § 6 und fr. 8 de adq. poss. sagt (abgesehen von vielen anderen Erklärungsversuchen, die hier nicht interessiren): „Sed dic duo esse necessaria si a corpore incipiat: nam non sufficit exire de fundo, nisi exiens habeat animum desinendi possidere. et ita hic. si autem incipias ab animo: tunc unum solum sufficit, scilicet animus. et ita ibi (fr. 3 § 6 cit.)“

Cujacius faßt die Regel so: man kann nudo animo den Besitz a) retiniren, b) amittiren, c) nicht acquiriren. Zu den Momenten, wodurch sich dies bestätigen soll, gehört wiederum wesentlich jene für die Grundstücke bestehende Besonderheit [32]).

Cuperus knüpft daran an, daß das fr. 8 de adq. poss. und fr. 153 de reg. iur. aus des Paulus 65 Buch ad ed., worin er das Int. unde vi behandele, entnommen sei. Daraus könne man folgern, daß Paulus nur habe constatiren wollen, der zum Grundstück Zurückkehrende und vom Occupanten Zurückgetriebene gelte als deiectus und könne das Int. unde vi geltend machen. Hiernach habe Paulus nichts Anderes im Sinne, als was Papinian in l. 46 de adq. poss. ausspreche, daß nämlich dem ignorans ohne seinen besonderen animus der Besitz nicht genommen werden solle [33]).

Dem Cuperus am nächsten steht die Ansicht von Baron (Anm. 6). Nach ihm hatte der Abwesende (abgesehen vom uti possidetis) kein Interdict gegen den Occupanten eines Grundstücks. Darin lag ein

---

32) Cuiacius Notae ad § 5 J. de Interd. [cf. Paratitl. in Codic. tit. de poss.] (ed. Francof. 1595 I p. 131. III p. 148): „Possessio nudo animo retinetur, nudo animo amittitur, nudo animo non adquiritur. Sunt qui contendant nudo quoque animo possessionem non amitti ex l. quemadmodum (8) D. de adquirend. possess. sed ea lex, ut apparet ex inscriptionum similitudine, conferenda est cum *l.* fere (153) D. de divers. reg. iur. In qua merito additur fere. nec enim omnino ut adquiritur, ita etiam amittitur possessio. nam etsi non amittatur solo corpore, propterea quod solo animo [bei Grundstücken] retinetur, solo tamen animo amittitur. nec alia est ratio propter quam videatur additus ille articulus fere."

33) Cuperus de natura possess. II 36 (ed. Thibaut 1804) p. 145: Enimvero, quum et l. 8 et l. 135 ex l. 65 Pauli ad ed. desumtae sint, quumque egerit Paulus in eo libro de Int. unde vi, mihi quidem hoc suum decretum videtur adhibuisse ad docendum, etiam absentem, qui animo retinuerit possessionem, si reversus prohibitus sit ingredi, Interdicto unde vi experiri posse ac deiectum videri. Qua adsumta coniectura, nihil aliud docere voluisse Paulus dicendus est, quam quod docuit Papinianus (in supra explicita l. 46 h. t.), ignoranti i. e. sine animo tolli non debere possessionem, quae solo animo tenetur. ac proinde, absentem possidere adhuc intelligendum esse tum, quum prohibitus sit ingredi, licet ante clam invasa eius possessio sit.

Mangel, und diese Lücke ergänzte die Jurisprudenz. Unter Zuhülfenahme der Regel prout quidque contractum est ita et solvi debet, schrieb sie dem Abwesenden trotz der Occupation Besitz zu, und leitete daraus den Schluß her, daß der Rückkehrende sich selbst in den Besitz setzen resp. das Interd. de vi anstellen dürfe. Das sage Paulus, ebenso wie Papinian in l. 46 de poss., mit der Behauptung, der Besitz könne nicht corpore d. h. durch das bloße Hereinkommen des Occupanten, sondern nur animo verloren gehen. Im Uebrigen aber geht Baron weit über Cuperus hinaus, indem er als den wahren Besitzer den Occupanten betrachtet, während dem Abwesenden nur zum Zweck jenes Vertreibungs- resp. Interdictenrechtes ein Besitz „angedichtet" werde, also der Abwesende nicht die Usucapion fortsetze und nicht auf die Reivindicatio hafte [34]).

Ich gehe in die materielle hier berührte Besitzfrage nicht ein, da es meine Aufgabe nur ist, den Zusammenhang der Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est mit der Besitzlehre nachzuweisen. In dieser Richtung aber ist mir von besonderer Wichtigkeit, die seit Jahrhunderten immer wieder auftauchende Voraussetzung, daß Paulus in unserem fr. 153 de reg. iur. nur von der besonderen für Grundstücke geltenden Besitzverlustfrage rede, einer genaueren Prüfung zu unterwerfen. Solche Prüfung ist, so viel ich weiß, noch nirgend unternommen worden. Ja von Savigny wird gewissermaßen jede Neigung zu solcher Prüfung von vorn herein niedergeschlagen, indem er die ganze gleichsam einer Entschuldigung bedürftige Ansicht nur einer kurz abweisenden Bemerkung würdigt [35]).

34) Gegen Baron haben sich erklärt: Rudorff in Zus. Nr. 98 zu Sav. (7 Aufl.); Windscheid P. § 156 Anm. 1 a. E.; Meischeider Besitz u. Besitzschutz 2 Heft (1876) S. 324—334.

35) Besitz 6 Aufl. S. 385. 386; (7 Aufl. S. 331. 332): „Bei weitem die meisten Interpreten suchen diese Schwierigkeit dadurch aufzuheben, daß sie die ganze Stelle bloß auf einen besonderen, ausgenommenen Fall beziehen. Nemlich Grundstücke . . . . . — Allein der Jurist hat so offenbar die Absicht, eine allgemeine Regel aufzustellen, daß diese Erklärung durch alle Nebengründe, die man dafür aufgesucht hat, unmöglich entschuldigt werden kann."

VIII.

Fassen wir zunächst das schon erwähnte fr. 46 de adq. poss. 41. 2 von Papinian ins Auge. Um dies aber richtig zu verstehen, muß in der Reihenfolge der in den Digesten aneinander geknüpften Fragmente etwas weiter zurückgegriffen werden.

> Papinianus l. 23 quaest. (fr. 44 § 2 l. c.): Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: (1) nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus: (2) eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus. (3) illa quoque possessionis amittendae separatio est [36]): nam saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, [fr. 45: licet neque servum neque colonum ibi habeamus,] (fr. 46) quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tam diu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

Papinian sagt dreierlei:

---

36) Papinian weist hiemit auf Nr. (1), den Fall daß wir corpore nostro tenemus, zurück, und will diesem Fall die rücksichtlich der Grundstücke bestehende Besonderheit hinzufügen. Um es aber völlig zweifellos zu machen, daß hier vom Fall Nr. (1) und nicht vom Fall Nr. (2), wo das Grundstück servi vel coloni corpore possidetur, die Rede sein soll, schieben die Compilatoren in den Context (aus Papinianus l. 2 defin.) das fr. 45 ein.

1) regelmäßig verlieren wir eine possessio, die wir corpore nostro tenemus, vel animo vel corpore.

2) Bei einem Besitz, dessen corpus wir durch einen Sklaven oder Pächter halten lassen, kann es kommen, daß der Besitz ignorantibus nobis verloren gehe.

3) Bei Grundstücken (saltus hiberni oder aestivi) gilt rücksichtlich des Besitzverlustes eine Besonderheit (separatio est). Wenn wir deren corpus selbst inne hatten und in ihnen keinen Sklaven oder Pachter zurückließen, so wird ihr Besitz, den wir animo retiniren, nicht dadurch verloren, daß ein Anderer mit dem Besitzwillen in das Grundstück hineinkommt. Vielmehr verbleibt uns der Besitz, so lange wir die Occupation des Anderen nicht erfahren haben. Also damit, daß in Folge des Hereinkommens des Anderen factisch das corpus aufgehört hat, geht der Besitz, den wir animo retiniren, nicht verloren. Der Besitz soll nicht nobis ignorantibus genommen werden. Erst, nachdem durch das Erfahren der Occupation eine Umgestaltung unseres Besitzesbewußtseins eingetreten ist, kann (entweder durch Aufgeben unseres animus, oder durch Zurückgetriebenwerden) der Besitzverlust eintreten.

Die für Grundstücke geltende Besonderheit ist mithin darauf gerichtet, daß jedenfalls nicht vor dem Erfahrenhaben der Occupation der Besitz als verloren gelten soll (non debet ignoranti tolli possessio). Vom Erfahrenhaben an spaltet sich die Frage in mehre Eventualitäten, die uns hier nicht weiter interessiren. Wir können den Satz non debet ignoranti tolli possessio, ohne ihn zu verändern, auch so ausdrücken: wenn ein anderer mit dem Besitzwillen hereinkommt, so ist er uns gegenüber ein „clam possidens", und solches clam possidere soll eben dem ignorans den Besitz noch nicht ändern[37]).

37) Fr. 6 § 1 de adq. poss. (Ulpian.): Qui [Si quis? Mommsen] ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit. Fr. 18 § 3 eod. (Celsus): Si, dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non

Papinian zerlegt sich demnach die Besitzelemente so: ich hatte das corpus und ich hatte Besitzesbewußtsein. Durch das heimliche Occupiren ist an sich mein corpus aufgehoben, aber so lange ich ignorans bin, habe ich noch das alte Besitzbewußtsein. Erfahre ich die Occupation, so ist damit mein altes Bewußtsein nothwendig in einen ganz anderen Willenszustand umgestaltet, indem ich nun entweder verzichte oder mir das occupirte corpus wieder zu schaffen trachte. Bis zu der durch das Erfahren eintretenden Bewußtseinsumgestaltung reicht die besondere Rechtsbestimmung für Grundstücke. Bis dahin soll jedenfalls der Besitz nicht verloren sein; von da an kann der Besitz sogleich (durch Verzicht) aufhören, er kann noch bestehen bleiben bis zum Zurückgetriebenwerden, er kann ganz ungeändert erscheinen (wenn man den Occupanten gleich verjagt).

Papinian's Ansicht läßt sich kurz so zusammenfassen: bei Grundstücken muß für die Besitzverlustfrage das umwerfende Factum sich auf beide Besitzelemente (utrumque im copulativen Sinn) beziehen. Es ist der Besitz noch unverloren, so lange, nachdem das corpus durch heimliches Hereinkommen des Occupanten umgeworfen ist [38], das alte Besitzbewußtsein des ignorans possessor fortdauert, also nicht durch Erfahren der Occupation in sein Gegentheil (das scire) verkehrt ist.

IX.

Es ist schon von anderer Seite auf den Punkt hingewiesen worden, mit dem diese Besonderheit über den Besitzverlust bei Grundstücken wird in Verbindung gebracht werden müssen [39]). Um die Zeit Labeo's

desisse ilico possidere existimandus sum. — Vgl. fr. 6 pr. eod.: Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur et, ne faceret, timebat . . . . itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futuram controversiam metuens ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur.

38) Nachdem also an sich schon besteht: „illius corporalis possessio“ (cf. fr. 25 § 2 de adq. poss. v. Pomponius).

39) Stinzing das Wesen von bona fides und titulus (1852) S. 42. Vgl.

hat (gleichviel ob schon von Alters her bestehend, oder erst damals hervortretend) die Ansicht Anhänger gehabt, daß auch an Grundstücken ein furtum möglich sei. Eine Notabilität wie Sabinus hat diese Ansicht vertheidigt[40]. Wer diese Ansicht theilte, nahm nothwendig an, daß — da hier ein „efferre occulte et surripere“ nicht möglich ist — schon das bloße „clam animo possessoris“ sich im Grundstück Befinden als furtum anzusehen sei. Weiter lag darin, daß der in dieser Weise clam ins Grundstück mit dem Besitzwillen Hereinkommende damit dem abwesenden und ignorans possessor den Besitz wegnehme. Das enthält den Beweis, daß die in Anm. 37 mitgetheilten Aussprüche der römischen Juristen direct und genau den Widerspruch gegen die Ansicht des Sabinus darstellen: videri eum clam possidere [er ist nur heimlicher Occupant, qui furtive ingressus est; aber er soll eben kein fur sein, d. h. er soll nicht, mag er auch Dritten gegenüber als possidens gelten, als dem ignorans dessen Besitz contrectirend erscheinen] Labeo scribit: retinet ergo [setzt Ulpian, dem Labeo ganz beistimmend, hinzu] possessionem is qui abiit. Und beide Sätze, den des Labeo und des Ulpian, vereinigend, sagt Celsus: si alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse ilico possidere existimandus sum.

So hat die Ansicht vom furtum an Grundstücken die entgegengesetzte Ansicht hervorgerufen, daß gegenüber dem clam possidere „non debet ignoranti tolli possessio“. Und diese letztere Ansicht ist bei den

auch Hugo R. R.G. 11 Aufl. S. 221. 308 u. Anm. 1. — Das im Text von mir Ausgeführte weicht wesentlich von der bekannten Savigny'schen Auffassung dieser Frage (Besitz 6 Aufl. S. 408—416; 7 Aufl. S. 348—354) ab.

40) Gellius N. A. XI 18: Sed quod sit oblatum, quod conceptum, et pleraque alia ad eam rem, ex egregiis veterum moribus accepta, neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. in quo id quoque scriptum est, quod vulgo inopinatum est, non hominum tantum et rerum moventium, quae efferri occulte et surripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum: condemnatum quoque furti [die Ansicht ist also auch in gerichtliche Entscheidungen übergegangen] colonum, qui fundo quem conduxerat vendito possessione eius dominum intervertisset.

Römern die herrschende geworden [41]). Pomponius billigt ihre Consequenzen als das practisch Zweckmäßigere [42]); Papinian sagt von ihr in obiger Stelle: tam diu priorem possidere dictum est, quam diu u. s. w., und mit solchem „dictum est" oder „quod dicitur" bezeichnen gerade die römischen Juristen einen traditionell recipirten Satz [43]).

Dieser zu festem Recht gewordenen Besonderheit in Betreff der Grundstücke schiebt nun Papinian als theoretische Stütze unsere Regel vom eo genere dissolvere quo colligatum est unter. Die Art wie er es thut, zeigt mit absoluter Sicherheit, daß eben lediglich auf jene Besonderheit unsere Regel von Papinian bezogen wird. Er sagt: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur. Der Satz non debet ignoranti tolli possessio heißt ja eben: es muß nicht bloß das corpus durch die heimliche Occupation umgeworfen (Anm. 38), sondern es muß auch erst das die Occupation nichtkennende Besitzbewußtsein in sein Gegentheil umgeschlagen sein, ehe über-

---

41) Vgl. noch Paulus in fr. 3 § 7. 8 de adq. poss. u. fr. 7 eod. (mit Erwähnung des Neratius).

42) Fr. 25 § 2 de adq. poss. (Pompon. l. 23 ad Quintum Mucium): Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio [dies ist also die Ansicht des Sabinus in Anm. 40], an vero (quod quasi magis [Quinto Mucio? van de Water, vgl. die Mommsen'sche Ausgabe] probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

43) Vgl. Glück-Leist Commentar II S. 197 A. 15. [Baron bemüht sich (Ges. R.B. S. 96) zwischen Pomponius und Papinian einen Gegensatz der Meinungen herauszubringen, indem jener die Motivirung des Papinian gemißbilligt habe. Das ist aber ganz unerfindlich.] Fr. 38 de u. et u. (Gai.): . . . abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri. In dem „abolita est" liegt die Hinweisung, daß die sententia nicht bloß nicht mehr üblich, sondern daß sie wirklich unmöglich geworden ist. Und das ist sie in der That durch die gewohnheitsrechtliche Feststellung des Satzes: non debet ignoranti tolli possessio.

haupt von einem möglichen Besitzverlust die Rede sein kann. Also corpus und animus müssen umgedreht sein. Hat sich der animus noch nicht umgedreht, so kann — nach Analogie der Obligationen, deren Band auf dieselbe Weise gelöst wird, wie es begründet zu werden pflegt, — man den Besitz noch nicht als aufgehoben betrachten. Mithin wird der Besitz, so lange seine Elemente noch nicht eodem modo solvirt sind (durch Umkehrung von corpus und animus), wie sie (als Vereinigung von corpus und animus) constituirt sind, als noch unverloren gelten müssen.

In Betreff Papinian's wird hiernach die Beziehung unserer Regel auf die Besonderheit des Besitzesverlustes an Grundstücken nicht eine „Erklärung die unmöglich entschuldigt werden kann" (Anm. 35) genannt werden dürfen[44]). Wir haben hier vielmehr einen völlig sicheren Punkt vor uns, dessen Inhalt noch weiterer Verwerthung für die Besitzlehre bedarf.

Die für die Grundstücke geltende Besonderheit ist, als Gegensatz gegen die Theorie vom furtum an Grundstücken, bei den Römern zu gewohnheitsrechtlicher Anerkennung gelangt. Aber es fehlt Viel daran, daß sie als eine nach allen Seiten hin wissenschaftlich ausgebaute in den Quellen vor uns läge. Unsere neuere Literatur hat sich mit diesem Ausbau lebhaft beschäftigt[45]). Die Grundelemente der Frage liegen aller-

44) Die entscheidenden Worte des Papinianeischen fr. 46 von „ut enim" an sind in dem Savigny'schen Besitzwerke [vgl. das. S. 411 (6 Aufl.) S. 350 (7 Aufl.)] überall nicht berücksichtigt worden. Rudorff's Zusatz Nr. 101 erwähnt sie, ohne aber daraus Schlüsse zu ziehen. — Papinian hätte übrigens, da es ja sicher war, daß er nur von Grundstücken rede, gerade so gut schreiben können: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet, ita nulla debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.

45) Vgl. Bruns in Bekker u. Muther's Jahrb. IV (1860) S. 46—48; Witte in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XVIII (1861) S. 249—269; Windscheid P. 1 Aufl. I (1862) S. 391; Baron Gesammtrechtsverh. (1864) S. 90 ff. u. in Ihering's Jahrb. VII S. 144 ff.; Rudorff zu Sav. Bes. (1865) Zus. Nr. 106. 110; Fitting Arch. f. civ. Pr. LV (1872) S. 314 ff.; besonders Bruns Besitzklagen (1874) S. 112 ff., 134—166; Windscheid P. 4 Aufl. (1875) I S. 475. 476; Meischeider Besitz u. Besitzesschutz II (1876) S. 323—338.

dings in den Quellenworten: videri eum clam possidere; retinet ergo possessionem is qui abiit, d. h. der heimliche Occupant [der corpus und propositum possidendi hat] ist (insbesondere Dritten gegenüber) juristischer Besitzer, aber dem Abwesenden verbleibt dennoch, so lange er ignorans ist, seine possessio, so daß also ihm gegenüber der heimliche Occupant ungeschützt dasteht. Indessen eine ganze Reihe von Zweifelsfragen drängt sich dabei auf: steht dem furtive Occupirenden der in gutem Glauben Occupirende gleich? wie steht der vom Occupirenden die Sache Erwerbende? wer usucapirt? welche Klagen hat der Weggegangene gegen den Occupanten oder dessen Nachfolger? kann er auch Gewalt gegen diese Personen gebrauchen? wie lange kann überhaupt dieses Besitzretiniren des Abwesenden dauern? wie stellt es sich, wenn er wahnsinnig, krank, u. s. w. wird?

Ich gehe auf diese Interna der Besitzlehre hier nicht ein, indem ich an dieser Stelle nur die Aufgabe verfolge, den Einfluß des obligatorischen Satzes vom eo modo solvere quo vinculum quaeri adsolet auf die Besitzlehre, diesen aber möglichst genau, zu constatiren. Ich zerlege dies, zunächst noch immer lediglich vom Boden unserer Papinianeischen Stelle aus, in folgende Punkte:

1) Papinian's Satz: non debet ignoranti tolli possessio bezieht sich gar nicht auf die nach dem Erfahren der Occupation für den Abwesenden sich ergebenden Tilgungseventualitäten. Also er sagt gar nicht, daß, wenn der Abwesende entweder auf den Besitz verzichtet, oder zurückkehrend vom Occupanten zurückgetrieben wird, dies sich auf das eo modo solvere quo vinculum quaeri adsolet zurückführen ließe. Auch keine andere Stelle enthält irgend eine Hindeutung dieser Art[46].

2) Papinian sagt auch nicht, daß der Besitz genau „nur so lange"

46) Bruns (Besitzkl. S. 151) hat das Unterschiedensein des fr. 46 von den anderen Stellen, worin: „revertentes nos repellat", „revertentem non admiserit", „revertens prohibitus sit ingredi" den Moment des Verlustes durch Zurückgetriebenwerden bezeichnet, richtig herausgefühlt, indem er sagt: „in einer Hauptstelle (fr. 46) wird sogar die Rückkehr gar nicht einmal erwähnt, sondern die Fortdauer nur so lange angenommen quamdiu possessionem ab alio occupatam ignorat."

(Anm. 46) dauere, als das ignorare besteht, d. h. also (dies positiv verstanden) daß mit dem Erfahren der Occupation der Besitz des Abwesenden von selbst aufhöre. Ergreift der Abwesende (wie auch Bruns beifügt) nach der Kenntnißnahme sofort den Besitz wieder, so gilt derselbe als nie verloren. Papinian sagt vielmehr lediglich (in negativem Sinne): der Besitz ist dem Abwesenden, so lange er ignorans ist, unverloren (tamdiu possidere, quamdiu ignoraret). Mithin die Frage, wie es nach der Kenntnißnahme wird, ist für den Satz: non debet ignoranti tolli possessio gleichgültig. Und in ganz gleicher negativer Richtung bewegt sich ja auch die Ausdrucksweise der übrigen Stellen: adhuc tamen possides (fr. 3 § 7), retinet ergo possessionem (fr. 6 § 1), non desisse ilico possidere existimandus sum (fr. 18 § 3). Dies erklärt sich eben daraus, daß dieser Satz den Widerspruch gegen die Lehre vom furtum an Grundstücken bildet, nach welcher dem Abwesenden die Sache durch die Occupation, obgleich ein efferre occulte et surripere nicht möglich war, als contrectirt gelten sollte.

3) Papinian fordert die Fortdauer des Besitzes an Grundstücken, so lange nicht rücksichtlich beider Besitzelemente (utrumque im copulativen Sinn) das in contrarium actum eingetreten sei. Der Satz: solo animo tenetur possessio hatte schon bestanden in dem Sinne, daß man bei einer vacua possessio trotz der Abwesenheit den Besitz behalte. Der animus ist in solchem Zustande das Bewußtsein der trotz augenblicklicher Nichtbethätigung ruhigen Alleinherrschaft. Erfährt man, daß ein Anderer sich in der Sache festgesetzt hat, so dreht sich dieser animus nothwendig in sein Gegentheil um: das Nichtwissen wird zum Wissen, das Bewußtsein der Alleinherrschaft wird zum Bewußtsein des körperlichen Verdrängtseins und der Nothwendigkeit entscheidender neuer Entschließungen. Papinian verwendet nun eben die Analogie von der Wechselbeziehung zwischen Begründung und Aufhebung der Obligationen, um das in der Annahme eines furtum liegende Verlorensein wegzudeduciren. Er sagt: sowie das Band der Obligation nur erst durch denselben modus, durch den es begründet zu werden pflegt, gelöst wird, so darf

auch in Betreff der Grundstücke der Besitz noch nicht als gelöst gelten, wenn nur erst das corpus sich durch die „corporalis possessio illius" ins contrarium umgesetzt hat, wenn aber der animus der ungestörten Alleinherrschaft im Abwesenden noch ungeändert ist. So lange sich dieser animus nicht in das Bewußtsein des körperlichen Verdrängtseins verkehrt hat (ignoranti), darf die possessio nicht für genommen erklärt werden (non debet tolli possessio).

X.

So sagt und meint Papinian. Und nun Paulus in fr. 8 de adq. poss.? Sollen wir annehmen, wenn auch Papinian von der Besonderheit der Grundstücke rede, so habe doch [nach Savigny] „Paulus in dessen Schriften sich gerade die entscheidendsten Anwendungen der richtigen Regel finden, in fr. 8 cit. und fr. 153 de reg. iur. recht absichtlich eine allgemeine Regel aufstellen wollen"?

Nach der Weise, wie sich die römischen Juristen an einander anschließen, ist es von vorn herein schwer denkbar, man möchte geradezu sagen: undenkbar, daß — während Papinian die Regel vom eo modo solvere quo quaeri adsolet zur Motivirung des Satzes, daß bei Grundstücken non debet ignoranti tolli possessio, verwendet, — Paulus, ohne ein Wort gegen Papinian zu äußern, jene selbe Regel so recht absichtlich zu etwas ganz Anderem, nämlich zur Aufstellung eines allgemeinen Princips für die Besitzverlustlehre, benutzt haben sollte.

Aber ist denn dies „so recht Absichtliche" bei Paulus, und demgemäß bei Justinian's Compilatoren, überhaupt sicher? Lesen wir doch:

> Fr. 6 § 1 de adq. poss. (Ulp.): Qui [si quis] ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit: [verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam. (fr. 7 Paul.): sed et si nolit in fundum reverti, quod

vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. (fr. 8 Paul.)] ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Daß fr. 6 § 1 und fr. 7 zusammengenommen werden müssen, hat schon Savigny [S. 414 A. 1 (S. 352 A. 2)] bemerkt. Daß aber als Anfang des fr. 8 das „ut igitur" aus dem „l. gemino eoque pleniore" wieder hergestellt werden muß [das „quemadmodum" ist aus dem Nichtsehen des Zusammenhangs dieser Stelle mit den vorhergehenden entstanden], hat Mommsen hervorgehoben; und mit dem „ut igitur" erweist sich diese Stelle als mit dem Vorhergehenden zusammengehörig. Also die drei zusammenzufassenden Stellen reden vom Besitzverlust an Grundstücken, und das fr. 8 soll (nachdem im fr. 7 der Punkt vom Verzicht nach erlangter Kenntnißnahme dem letztbesprochenen Punkte vom Zurückgetriebenwerden angereihet ist) die theoretische Erläuterung des in fr. 6 § 1 ausgesprochenen Satzes: retinet ergo possessionem is qui abiit geben, mithin ganz dasselbe sagen, was Papinian in fr. 46 cit. ausführt[47]). Haben aber Justinian's Compilatoren durch diese

47) Dem Sinne nach, — wie ihn Papinian völlig zweifellos ausspricht, und wie Paulus ohne Gegenerörterung gegen Papinian ihn unmöglich anders gewollt haben kann, — hätte das Paulinische fr. 8 gleich hinter den Ulpian'schen Worten: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit von den Compilatoren eingeschoben werden müssen. Aber der grammatische Zusammenhang der Ulpian'schen Schlußworte: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam, mit dem Vorhergehenden, — wobei sich „admiserit" auf den clam possidens zurückbezieht, und das „intelligi" von dem vorhergehenden Labeo scribit abhängt [vgl. über diese richtige Lesart, gegenüber der von Savigny adoptirten: Bruns Besitzkl. S. 137 Anm. 1] — ist ein so absolut unzerreißbarer, daß eine Zwischenschiebung einer ganzen fremden Stelle völlig unmöglich war. Andererseits mußte sich (vgl. Anm. 48) an jene Ulpian'schen Schlußworte wegen des inhaltlichen Zusammenhangs gleich das fr. 7 anschließen. Es sind mithin dem Sinne nach die Ulpian'schen Schlußworte und das fr. 7 als eine zusammengehörige Parenthese zu denken (so wie ich es oben im Text anzugeben mir erlaubt habe), so daß sich danach das fr. 8 inhaltlich unmittelbar auf die Worte: retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit zurückbezieht.

Aneinanderreihung der Stellen genügend gezeigt, daß es sich nur um die Frage vom Besitzverlust an Grundstücken handele, so konnten sie sich vor Mißverständnissen hinreichend gesichert glauben, wenn sie noch besonders in fr. 153 de reg. iur. in der dem Papinian entsprechenden Weise die Worte des Paulus in ihrem Zusammenhange mit jener Regel des Obligationenrechts und mit der auf sonstigen sachenrechtlichen Erwerb hindeutenden Herüberleitung vor Augen führten: fere quibuscumque modis obligamur isdem in contrarium actis liberamur ist ganz dasselbe, als was Papinian mit: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet ausdrückt; so muß auch: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est dasselbe sagen, was Papinian so faßt: ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur. Hatten die Compilatoren doch eben durch Aufnahme der Papinianeischen Parallelstelle den Hinweis gegeben, der vor Mißverständniß der aus dem Zusammenhang gerissenen [in ihrem Zusammenhang bei Paulus sicher vollkommen deutlichen] Paulinischen Worte bewahren sollte.

Wir erkennen den Zusammenhang, in welchem Paulus seine Worte geschrieben haben muß, noch aus der genauen Festhaltung der der furtum-Theorie gegenüber traditionell gewordenen Fassung. Der Besitz soll trotz der Occupation dem ignorans noch unverloren sein: „adhuc tamen possides", „retinet ergo possessionem", „non desisse ilico possidere existimandus sum" hieß es in jenen Stellen, gleichbedeutend mit: ita non debet ignoranti tolli possessio; — „ita nulla amittitur (vgl. Anm. 44) nisi" heißt es hier bei Paulus. — —

Das Resultat ist: die Herüberziehung der für das vinculum obligationum bestehenden Regel vom eo modo solvere quo quaeri adsolet in die Besitzlehre bezieht sich bei Papinian wie bei Paulus nur auf den bei Grundstücken geltenden Satz: non debet ignoranti tolli possessio, und meint hier das utrumque im copulativen Sinn. Daß die römischen Juristen die allgemeine Theorie vom Besitzverlust aus dem Princip aufgebaut hätten, daß der animus und ebenso andererseits

das corpus „in contrarium actum“ sein müsse, dafür giebt es keinerlei Spur in den Quellen. Ja wenn man die Einzelfragen verfolgt, sieht man, daß die Römer, hier wie in anderen Gebieten, aus dem Concreten heraus die Lehre aufbauen, daß ihnen die Subsumtion der Einzelfragen unter jenen von den Obligationen her für die ganze Besitzlehre von vorn herein zum Princip erhobenen Satz durchaus fremd ist.

Die Art, wie die römischen Juristen mit dem Satz vom eo genere dissolvere quo colligatum est in der Besitzlehre operiren, ist eine durchaus ähnliche, als ihr oben beleuchtetes Vorwärtsschreiten im Obligationenrecht vom Satz der Zahlungsimaginirung zum Satz des consensuellen Widerrufes. Es ist für sie nie einem Zweifel unterworfen gewesen, daß solche Sätze nicht als einfache Folgerungen aus einer ratio deducirt werden können, sondern daß sie erst gelten, wenn man sagen kann receptum est, visum est, constat. Die unterstützende Bedeutung, die der Regel vom eo genere dissolvere dabei zufällt, ist die der Analogie. So ist auch hier in der Besitzlehre der positive Boden, auf den sie sich stützen, daß der furtum-Theorie gegenüber das non debet ignoranti tolli possessio bestehe, — die positive Reception (dictum est). Aber sie verwenden die Analogie vom eo genere dissolvere, um es in einleuchtender Weise zu betonen, daß hier nicht bloß das corpus durch die Occupation, sondern auch erst der animus durch die Kenntnißnahme in sein Gegentheil umgeschlagen sein müsse, bevor von Besitzverlust überhaupt die Rede sein könne. Also während sie in anderen Fällen die Regel vom eo genere dissolvere rein zur theoretischen Colorirung bei Fragen verwenden, die schon in sich völlig aus anderen Rechtsgründen feststehen (wie bei der Wirkung von pactum gegen pactum, bei der Dereliction), wird man zugeben müssen, daß für den consensuellen Widerruf der Obligation, für die Besitzfortdauer an Grundstücken über das umgeworfene corpus hinaus bis zum umgeworfenen animus — die Verwendung des Satzes vom eo genere dissolvere die Bedeutung einer mithelfenden oder wenigstens mitstützenden Parallele gehabt hat. Für erst durchzusetzendes oder eben durchgesetztes Recht sucht man instinctmäßig nach Analogieen. Wer in unsere modernen Kammerverhandlun-

gen blickt, und sieht, mit welchen oft übermäßig gewagten Analogieen ein zur gesetzlichen Geltung durchzudrückender oder eben gegen Widerspruch durchgedrückter Punkt bei uns ausgeschmückt wird, den kann es nicht Wunder nehmen, wenn er hier (und zwar bei einer nur traditionellen Feststellung als ein „id quod dicitur") den Papinian zu der zahmen Analogie vom eo genere dissolvere greifen, und den Paulus es ihm nachsprechen sieht.

Aber ein „Princip", woraus die ganze Besitzverlustlehre begriffsmäßig zu construiren wäre, indem immer eins der beiden Besitzelemente, gleichartig dem obligatorischen dissolvere, nothwendig in sein contrarium umgedreht sein müßte, haben die Römer nie gekannt. Solche doctrinäre Begriffsoperation ist ihnen überhaupt fremd. Sie fragen, immer nur im Concreten vorgehend, wann können wir den aus corpus und animus bestehenden Besitz im vorliegenden Fall als aufgehoben betrachten? Aber Aufgehobensein des Besitzes und in contrarium actum von corpus und animus sind zwei verschiedene Dinge, wie gerade aus dieser unserer Frage so deutlich hervorgeht. Denn eben wenn bei Grundstücken durch die corporalis possessio des Occupanten für das corpus, und durch die Kenntnißnahme für den animus das in contrarium actum eingetreten ist, so erscheint damit, wie wir gesehen haben, der Besitz noch nicht als aufgehoben, sondern es muß nach der Kenntnißnahme für die Aufhebung noch das Factum des Verzichts oder der Zurücktreibung hinzukommen.

Wir heutzutage sind völlig durchtränkt von der Anschauung, daß die allgemeine Besitzverlustlehre auf dem „Princip" vom in contrarium actum beruhe. Wenn Windscheid § 156 sagt: „Der Besitz wird dadurch verloren, daß eines der beiden Momente, auf deren Zusammensein er beruht, aufgehoben wird. Unter Aufhebung ist zu verstehen Verkehrung ins Gegentheil," so spricht er damit gewissermaßen den (durch Savigny begründeten) Gesammt-animus unserer modernen Jurisprudenz aus. Es wird lange dauern, ehe für diesen Gesammt-animus, — nachdem man erkannt hat, daß die Sache nicht quellenmäßig ist, — das in contrarium actum eingetreten sein wird.

Einzelne bisherige Umsturzversuche haben das Gebäude im Ganzen noch nicht zu erschüttern vermogt.

Ich gehe, wie bemerkt, auf die Interna der Besitzlehre hier nicht ein. Indem ich lediglich bei der Entwicklung des Satzes vom eo genere quo colligatum est auf die die Grundstücke betreffende Bestimmung: non debet ignoranti tolli possessio verharre, hebe ich nur noch Einen hierauf bezüglichen Punkt hervor.

Man hat nach dem „Grunde" dieser für die Grundstücke bestehenden Bestimmung gefragt. Savigny hält sie für eine „merkwürdige Ausnahme", Kierulff und Böcking für selbstverständlich, Windscheid für nicht selbstverständlich aber wohl nicht so merkwürdig wie Savigny annimmt; Bruns formulirt die Frage so: „ist der Satz der Fortdauer des Besitzes natürlich oder singulär"? — Meines Erachtens ist die ganze Frage unrichtig gestellt, weil sie immer auf dem Grundgedanken ruht, daß sie aus dem „Princip" des in contrarium actum entschieden werden müsse. Es sind aber zwei Fragen hier zu trennen: a) die Frage vom non debet ignoranti tolli possessio ist von den Römern nicht aus dem „Princip", aber aus der „Analogie" des in contrarium actum beantwortet worden. Sie reicht nur bis zu dem Momente der Kenntnißnahme. Sie ist eine aus dem Widerspruch gegen die furtum-Theorie hervorgegangene positive Besonderheit für die Grundstücke; aber, da die Lehre von der Dauer und der Aufhebung des Besitzes sehr viele Besonderheiten in sich faßt, damit noch keine „Singularität". Sie enthält überhaupt gar keine Entscheidung über die Aufhebung des Besitzes. b) Die aus der vorhergehenden Frage a sich entwickelnde Consequenz für die Aufhebungsfrage. Da der Besitz nach Nr. a bis zur Kenntnißnahme noch unverloren ist, so muß geprüft werden (fr. 25 § 2): an usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem?[48])

48) Vgl. fr. 6 in fin. fr. 7 eod.: verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam; sed si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit.

Für diese Frage giebt es gar kein „Princip" des in contrarium actum. Sie ist, wie überhaupt sehr viele Punkte der Besitzverlustlehre, nach practischen Utilitätsgesichtspunkten beantwortet worden (et videtur utilius esse).

XI.

Zum Schluß und im Rückblick auf die Resultate dieser Abhandlung frage ich noch: welchen Werth hat für uns die Regel vom co genere dissolvere quo colligatum est? welchen practischen, welchen theoretischen?

Rücksichtlich ihres practischen Werthes sagt Savigny[49]), sie habe schon im neueren römischen Recht, noch mehr aber im heutigen, einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren. Das Pactum sollte die Stipulation nur nicht ipso iure, wohl aber per exceptionem aufheben. Der Unterschied beider Aufhebungsarten sei aber schon im Justinianeischen Rechte weniger wichtig als früher, und im heutigen ganz verschwunden. Als practischer Ueberrest der alten Regel im heutigen Recht könne der Fall der Aufhebung eines Testaments durch ein neues angesehen werden. — Es ist oben ausgeführt worden: daß dieser Fall gar nicht hieher gehört; daß aber rücksichtlich der obligatorischen Vertragsschließung man exceptiones durch pacta bloß noch da gelten lassen kann, wo der Parteiwille deutlich nur solche exceptio, nicht die ipso iure-Tilgung, vor Augen hat; daß man im Uebrigen als künstliche Lösungsacte die vertragsmäßigen Zahlungsimaginationen, Widerrufe und in integrum restitutiones zu unterscheiden hat. Eine solche practische Geltung aber, wie sie Savigny für unsere Regel vorschwebt, kann man überhaupt nicht zugeben. Die Regel ist gar keine Rechtsvorschrift, bei der man nur zu suchen habe, ob noch gegenwärtig einzelne Punkte vorhanden seien, für welche diese Vorschrift gegeben worden ist. —

Welchen theoretischen Werth aber hat die Regel für uns? Baron

49) System IV S. 544.

sagt: Normirung von Principien war nicht gerade die Tugend der römischen Juristen. Es war ein Lieblingssatz derselben, daß Entstehung und Aufhebung eines Rechtsverhältnisses sich entsprechen müssen. „Müssen"; denn sie sagen: prout quidque contractum est, ita et solvi debet [Baron hätte auch das quidque moniren können], und damit sei gleichartig das (oben vielbesprochene) Papinianeische: non debet ignoranti tolli possessio. Offenbar sei solche Behauptung des „Müssens" unrichtig; Pomponius komme mit ihm in fr. 80 de solut. sofort in die Brüche, denn es sei schief zu schreiben: cum verbis aliquid contraximus vel re vel verbis obligatio solvi debet; wäre die Regel richtig, so müßte die Verbalobligation nicht vel re vel verbis, sondern bloß verbis aufgehoben werden können. Und so sei denn auch die Paulinische Anwendung der Regel auf den Besitz eine Uebertreibung, und als Uebertreibung eine Unrichtigkeit. — Es ist im Obigen ausgeführt worden, daß die römischen Juristen die Regel gar nicht im Sinne eines dogmatischen Princips, einer ratio, hinstellen; daß sie sie in einer Reihe von sehr verschiedenartigen Fällen als Analogie verwenden theils zur bloßen theoretischen Colorirung für etwas schon anderweit Feststehendes, theils zur Stützung (und dies ist das Wichtigere) für etwas im Wege der communis opinio noch fester zu Stellendes oder doch erst eben Festgestelltes. Auf diesem Wege hat die Regel heilsam mitgewirkt zur Gewinnung oder Sicherung der wichtigen Rechtsbestimmungen über die vertragsmäßige Zahlungsimaginirung, den vertragsmäßigen Widerruf von Obligationen, den Satz daß bei Grundstücken non debet ignoranti tolli possessio.

Vergegenwärtigen wir uns doch, im Gegensatz zu unseren heutigen Verhältnissen, die ganz andere Lage, in der sich die classische römische Jurisprudenz für ihre Arbeit befand. Wir stehen, Angesichts unseres römischrechtlichen und deutschrechtlichen Rechtsstoffes, einem im Wesentlichen ausgewachsenen Civilrecht gegenüber. Unsere Aufgabe ist, in den Principien das Blut und die Adern darzulegen, aus denen das bestehende Material Leben und Bewegung gewinnt. Die classische römische Jurisprudenz stand einem werdenden Rechte gegenüber. In ihrer ersten Hälfte

drängte nur immer Neues heran; in der zweiten (seit Julian) mußte das Neue erst in der nach allen Seiten hin durchzuführenden Detailarbeit ins Ganze eingefügt werden. Das haben die römischen Juristen mit schneidiger Geistesschärfe und mit unermüdlicher phrasenloser Gewissenhaftigkeit durchgeführt. So sind sie uns in ihrer auf das Concrete gerichteten Arbeit immer unerreichte Muster und Meister. Indem sie in der Feststellung und Einerndtung des Concreten die ihrer Zeit gewordene Aufgabe erfüllen, bedürfen sie sehr der häufigen Verwendung der Analogie. Und sie, die sich aus der Falcidia den Pflichttheil holten, sind dabei oft in kühnster Weise vorgegangen.

Aber — obgleich sie mit instinctueller Intuition den Principien folgen, — in der schulmäßigen Zusammenfassung der Principien sind sie Schüler. Andere Zeiten, andere Aufgaben. Auf dem Boden des von ihnen Geleisteten haben Andere fortzuarbeiten. Aber trüben wir das Wasser nicht. Statt uns dessen zu freuen und das zu nutzen was sie uns bieten, meistern wir sie nicht wegen dessen, was wir nicht von ihnen verlangen können, und worauf die Richtung der damaligen Wissenschaft noch gar nicht hinführte. Vor Allem aber schieben wir nicht taschenspielernd ihnen als Principien unter, was ihnen nur harmlos verwendete Analogie war. Derjenige versteht die, ich mögte sagen, geniale civilistische Unschuld der classischen römischen Juristen nicht, der solche Parallelisirungen, wie wir deren Eine im Vorstehenden betrachtet haben, zu schulgemäßen Principien glaubt aufbauschen zu müssen, gegen die sich dann hinterdrein wohlfeile Critik üben läßt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.



